# Die Schadensersatzpflicht

## des Mandanten nach gemeinem Rechte.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde,

welche

mit Genehmigung der Juristischen Fakultät

der

**Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin**

am

**10. Oktober 1894 um 1 Uhr Mittags**

zugleich mit den beigedruckten Thesen öffentlich verteidigen wird


**Dr. phil. Stephan Kekule**

Kammergerichts-Referendar.


---

Opponenten:

1. *Herr Dr. iur. et phil. Walter Immerwahr, Kammergerichts-Referendar.*
2. *Herr Hellmuth Freiherr von Schele, Kammergerichts-Referendar.*
3. *Herr Marcelli Janecki.*

Meinem teuren Vater

dem

Geheimen Regierungsrat und Ordentlichen Professor an der Universität Bonn

Dr. August Kekule

in Liebe und Dankbarkeit

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535723_0001

# Inhalts-Verzeichnis.

## Kapitel I.

### Einleitung.


Seite

§ 1. Begriff und Eigentümlichkeiten des Mandates . . 13
§ 2. Begriff des Schadens . . . . . 17
§ 3. Aufgabe . . . . . 19


## Kapitel II.

### Der Widerspruch zwischen l. 61 § 5 D. 47, 2 und l. 26 § 7 D. 17, 1.


§ 4. Text und allgemeine Inhaltsangabe der Stellen . . 22
§ 5. Die noxae datio . . . . . 24
§ 6. Ältere Vereinigungsversuche . . . . . 27
§ 7. Die Kritik der Voetschen Theorie durch Glück und Pothier . . . . . 31
§ 8. l. 26 § 7 D. 17, 1. . . . . 34
§ 9. Der Widerspruch ist nur scheinbar . . . . . 41


## Kapitel III.


§ 10. Der Widerspruch zwischen l. 26 § 6 D. 17, 1 und l. 61 § 5 D. 47, 2 . . . . . 43


## Kapitel IV.

### Ansichten verschiedener Juristen über l. 61 § 5 D. 47, 2 und l. 26 § 7 D. 17, 1.


§ 11. Die Theorien von Glück und Schirmer . . . . . 52
§ 12. Die Theorien von Kritz und Hepp . . . . . 56
§ 13. Die herrschende Lehre . . . . . 58
§ 14. Die culpa in l. 61 § 5 D. 47, 2 . . . . . 59
§ 15. Die Theorien von Jhering und Mommsen . . . . 69
Anhang . . . . . 78
§ 16. Ergebnis . . . . . 79

## Kapitel V.

Der Schaden ist durch den Mandanten **nicht** veranlasst.

§ 17. Der Mandatar ist in culpa . . . . . 80
§ 18. Überschreitung und Substitution als Ursachen des Schadens . . . . . 83
§ 19. Der Schaden ist eine Folge der dem Mandatar freigestellten Art der Ausführung . . . . . 85
§ 20. Der Schaden ist ein rein zufälliger . . . . . 86

## Kapitel VI.

Der Schaden ist durch den Mandanten veranlasst.

§ 21. Der Mandant ist in culpa . . . . . 87
§ 22. Der Schaden ist eine Folge des Inhaltes des Mandates 88
§ 23. Der Schaden ist eine Folge der Übermittelung des Mandates . . . . . 90

## Kapitel VII.

§ 24. Ergebnis . . . . . 97
§ 25. Vergleich mit anderen Rechten . . . . . 101
§ 26. Schluss . . . . . 104

# Verzeichnis der benutzten Quellen.


*Arndts, L.*, Lehrbuch der Pandekten. 11. Aufl., Stuttgart 1883.

*Bachofen v. Echt, R.*, Notae et animadversiones ad Disputationes Treutleri. Bd. I. 1617.

*Basilicorum libri*, LX. Edit. C. G. E. Heimbach. Lipsiae 1833 bis 1850, 1870.

*Becker* in: Jahrbücher des Gemeinen Rechts, Bd. II und Bd. IV.

*Buchner*, Versuch einer Theorie des Vollmachtvertrages. Landshut 1809.

*Burchardi*, Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehilfen bei der Erfüllung von Obligationen. Kiel 1861.

*Busch* in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. XLV.

*Code Napoléon*, suivi de l'exposé des motifs sur chaque loi, Bd. VI. Paris 1810.

*Corpus iuris civilis*, Ed. stereot. (Krüger-Mommsen).

*Cropp* in: Hudtwalker und Trummer: criminalistische Beiträge, Bd. II. Hamburg 1825.

*Dernburg, H.*, Pandekten. Berlin 1888—92.

*Dernburg, H.*, Pfandrecht, Bd. I. Leipzig 1866.

*Dernburg, H.*, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. II. Halle 1880.

*Donellus, H.*, Opera omnia, cum notis O. Hilligeri, Bd. III. Lucca 1763.

*d'Espaisses, A.*, Oeuvres, Tom. I. Lyon 1577.

*Faber, Ant.*, Rationalia in Pandectas, Bd. III. Coloniae Allobrogum 1624.

*Foerster*, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Bd. II. Berlin 1869.

*Fuchs* in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. XLIII.

*Gesterding*, Alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818.

*Glück, Ch. F.*, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, Bd. XV.

*Goldschmidt* in Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XIII.

*Gradenwitz, O.*, Interpolationen in den Pandekten.

*Hahn, H.*, Observata ad M. Wesenbecii in 50 libr. Dig. commentarium. Frankfurt 1706.

*Hanau, H.*, Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst. Ing. Diss. Berlin 1894.

*Hasenöhrl*, Oesterreichisches Obligationenrecht, Bd. I.

*Hasse*, Die culpa des römischen Rechts. Bonn 1838, 2. Aufl.

*Hauser* in Zeitschr. für Handelsrecht, Bd. XII.

*Hepp*, Die Zurechnung auf dem Gebiete des Civilrechts. Tübingen 1838.

*v. Holzschuher*, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. II. Leipzig 1847.

*Huber, U.*, Eunomia Romana, 1700.

*v. Jhering, R.*, in Jahrbücher für Dogmatik, Bd. IV.

*v. Jhering, R.*, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht. Giessen 1867.

*Kalb, W.*, Roms Juristen, nach ihrer Sprache dargestellt. Leipzig 1890.

*Koch, C. F.*, Das Recht der Forderungen, Bd. I u. III. Breslau 1858 und 1859. (2. A.)

*Koch, C. F.*, Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Berlin und Leipzig 1884—86.

*Koppel, F.*, Haftet der Auftraggeber dem Beauftragten für zufälligen Schaden, welchen dieser bei Ausführung des Auftrages erlitten hat? Ing. Diss. Breslau 1886.

*Köppen* in: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XI.

*Kritz*, Pandektenrecht, Th. 1, Bd. I. Meissen 1835.

*Kühn* in: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XVI.

*Lauterbach, W. A.*, Collegii theoretico-practici P. prima, Tübingen 1744.

*Lenel* in: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XIX.

*v. Löhr, E.*, Die Theorie der culpa. Giessen 1806.

*v. Löhr, E.*, Beiträge zur Theorie der culpa. Giessen 1808.

*Magnus, J. M.*, Ration. et differentiar. iur. civ. Buch II.

*Meier, J.*, Endoxa Justinianea seu disput apog. pro Juris Civilis dignitate. Strassburg 1616.

*Mittermaier* in: Archiv für civilistische Praxis, Bd. 46.

*Mommsen, F.*, Beiträge zum Obligationenrecht, Bd. I und III, Braunschweig 1853 und 55.

*Pacius, J.*, *'Εναντιοφανῶν* s. legum conciliatarum centuriae. 1667.

*Pernice* in: Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. XXV.

*Pothier*, Oeuvres, Bd. VI. (Traité des contrats de bienfaisance).

*Pothier*, Pandectae Justinianeae, Bd. II. Paris 1818.

*Puchta*, Pandekten, 12. Aufl. Leipzig, 1877.

*Reyscher* in: Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIX.

*Schilter*, Praxis iuris Romani in foro Germanico, Tom. I. Jena 1684.
*Schirmer* in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. X.
*Scheurl* in: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. II.
*Schulting, A.*, Thes. controv. Digestorum.
*Schweppe*, Das römische Privatrecht. Altona 1822.
*Seufferts* Archiv, verschiedene Bände.
*Serafini, F.*, Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza. Pavia 1862.
*Sintenis, C. F.*, Das gemeine Civilrecht, 3. Aufl. Leipzig 1869, Bd. II.
*Stobbe, O.*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1882—85, Bd III.
*Thöl, H.*, Das Handelsrecht, Bd. I, 6. Aufl. Leipzig 1879.
*Tönsen*, Das allgemeine Privatrecht.
*Tuldenus*, Commentar. in Cod.
*Unger*, Handeln auf eigene Gefahr, 2. Aufl. Jena 1893.
*v. Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863—69.
*Voet, J.*, Commentarius ad Pandectas, Th. I, 1769.
*Voigt*, Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, Bd. III. Leipzig 1875.
*v. Wächter, C. G.*, Pandekten. Leipzig 1880—81.
*v. Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, Bd. I. München 1823.
*v. Wernher*, Selectio observationum forensium, Bd. I, Pars IV.
*Windscheid, B.*, Pandekten, 7. Aufl. Frankurt a. M. 1891.
*Zachariae v. Lingenthal, C. S.*, Handbuch des Französischen Civilrechts, 6. Aufl. Heidelberg 1874—75.

# Thesen.

1. Die Unterscheidung zwischen excommunicatio minor und excommunicatio maior ist erst im 13. Jahrhundert aufgekommen.
2. Die Einführung der Berufung gegen die Urteile der Strafkammern empfiehlt sich nicht.
3. Zwischen altfürstlichen und neufürstlichen Häusern ist ein Unterschied nicht zu machen.

# Vorwort.

Die vorliegende Arbeit wurde am 4. Mai 1893 der Juristenfakultät der Universität Berlin als Preisschrift überreicht, am 3. August 1893 seitens derselben mit einer „Ehrenvollen Erwähnung“ ausgezeichnet und im Oktober 1893 als Dissertation genehmigt.

Im Juli 1894 ist die gründliche Arbeit von Hanau: „Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages erwächst“, erschienen.

Es war dem Verfasser eine grosse Genugthung zu sehen, dass Hanau in den wesentlichsten Punkten zu gleichen Ergebnissen gelangt ist.

Aus letzterem Grunde erschien es notwendig, die Arbeit von Hanau noch nachträglich einer Berücksichtigung zu unterziehen, um so notwendiger, als die Ansicht von Hanau hinsichtlich der Interpretation der Quellen in mehreren und auch sonst in einzelnen Punkten nicht gebilligt werden konnte.

Eine noch grössere Genugthuung aber wurde dem Verfasser durch die Kenntnis der ihm bis dahin unbekannten Schrift des Präsidenten des Reichsgerichts in Wien, Unger: „Handeln auf eigene Gefahr", Jena 1893. (Zweite, wesentlich vermehrte Auflage einer in den dogmatischen Jahrbüchern, Bd. 30, bereits veröffentlichten Abhandlung.)

Denn der in der vorliegenden Arbeit für das Mandat entwickelte Grundsatz: „Wer den Schaden veranlasst, hat ihn zu tragen", ist von Unger zwar nicht zum allgemeinen Prinzip erhoben, aber doch für zahlreiche verschiedenartige Fälle des Rechtslebens aufgestellt.

Über das Mandat selbst spricht Unger in dieser Schrift nicht.*)

---

*) Der im XXXIII. Bd. der Jahrbücher für Dogmatik von demselben Verfasser veröffentlichte Aufsatz „Handeln auf fremde Gefahr" konnte leider nicht mehr benutzt werden.

# Kapitel I.

# Einleitung.

## § 1.

## Begriff und Eigentümlichkeiten des Mandats.

Der Auftrag heisst im Corpus iuris „mandatum“ [1])

Ein Auftrag liegt vor, wenn Jemand einem Andern ein Geschäft zu besorgen aufgiebt. Der Auftraggeber heisst Mandant, der Beauftragte Mandatar.

Die Thätigkeit, auf welche der Auftrag gerichtet ist, darf keine gesetzlich verbotene [2]) sein. Sie darf ferner nicht contra bonos mores [3]) sein. Der Gegenstand des Auftrages kann sehr verschieden sein, er kann rechtlicher, aber auch faktischer Natur sein. Der Auftrag kann gehen auf Besorgung eines oder mehrerer Geschäfte, aber auch auf Besorgung aller Geschäfte des Auftraggebers. [4]) [5]) Das Wort „Auftrag“ hat doppelten Sinn.

Man versteht darunter einerseits die einseitige Auftragserteilung seitens des Auftraggebers, andrerseits den Auftragsvertrag, der dadurch entsteht, dass der Beauftragte die Ausführung des Auftrages übernimmt.

Beides nennen die Quellen ohne Unterschied „mandatum“.

---

[1]) D. 17, 1; J. III, 26.

[2]) l. 6 § 3 D. 17, 1.

[3]) l. 22 § 6 D. 17, 1.

[4]) Windscheid, a. a. O. Bd. II § 409.

[5]) l. 1 § 1, l. 63 D. 3, 3; l. 25 § 1 D. 4, 4.

Koppel, dessen Arbeit über die Haftung des Mandanten für zufälligen Schaden handelt, der den Beauftragten bei Ausführung seines Auftrages getroffen, bemerkt: [1]) da es sich hier um die „Ausführung" des Auftrages handele, so bewirke es keinen Unterschied, ob man unter Auftrag nur das einseitige factum der Auftragserteilung oder den ganzen Vertrag verstünde. Koppel scheint also anzunehmen, dass eine „Ausführung" des Auftrages nur stattfinden könne, wenn der „Auftragsvertrag" thatsächlich zu stande gekommen ist. Eine solche Auffassung wäre aber unrichtig.

In der Regel wird allerdings Ausführung des Auftrages nur erfolgen, wenn ein Auftragsvertrag vorliegt. Es ist aber auch der Fall denkbar, dass dem Mandatar ein Schaden dadurch erwächst, dass der erteilte Auftrag falsch übermittelt wurde.[2]) Dann ist wegen wesentlichen Irrtums ein Vertrag zwischen den beiden Kontrahenten überhaupt nicht zu staude gekommen.[3]) Hier handelt es sich somit um das „einseitige factum der Auftragserteilung" allein. Hanau scheidet diesen Fall vollständig aus und begründet dies damit, [4]) dass sein Thema „das Zustandekommen eines gültigen Vertrages zur Voraussetzung hat".

Hiergegen muss bemerkt werden, dass Hanau in seinem Thema bloss von „Auftrag" spricht.

Der Begriff „Auftrag" ist aber doppelsinnig, wie oben gezeigt wurde.

Hanau war also, strenggenommen, den Fall, in welchem es sich um einseitige Auftragserteilung handelt, nur auszuscheiden berechtigt, wenn er in sein Thema statt „Auftrag": „Auftragsvertrag" setzte.

Über diesen Fall wird im § 23 ausführlich zu

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 9.

[2]) Ein solcher Fall findet sich: Zeitschrift für Deutsches Recht, Bd. 19 S. 456 ff.

[3]) Dernburg, Pandecten Bd. II. S. 311, Anm. 15.

[4]) Hanau, a. a. O. S. 35.

sprechen sein und soll hier nur bemerkt werden, dass in vorliegender Arbeit unter „Mandat“ oder „Auftrag“ stets der Auftragsvertrag verstanden, da, wo von der einseitigen Auftragserteilung gesprochen werden soll, dies ausdrücklich hervorgehoben werden wird.

Eine wesentliche Eigentümlichkeit des Mandates ist seine Unentgeltlichkeit.[1])

Mit diesem Prinzip der Unentgeltlichkeit steht es nicht im Widerspruch, dass ein Honorar nachträglich gegeben,[2]) oder auch vorher versprochen werden kann.

Eine Kontroverse ist es freilich, ob, wenn der Auftrag in das Gebiet der Berufsthätigkeit des Mandatars fällt, derselbe ein Honorar auch dann einklagen kann, wenn darüber vorher nichts ausgemacht worden ist,[3]) oder nur dann, wenn dies vorher verabredet worden war.[4])

Doch kommt diese Kontroverse für die hier zu behandelnde Frage nicht in Betracht.

Die Unentgeltlichkeit war aber nur ein äusseres Merkmal. Der wahre Unterschied lag in der Gesinnung des Beauftragten, ob Interesse für den Auftraggeber, oder die Absicht, einen Verdienst zu machen, für den Beauftragten das leitende Motiv war.[5])

Hiervon muss man ausgehen. Aus der Gesinnung des Übernehmers ergiebt sich somit, ob der betreffende Vertrag ein Mandat ist, oder ob er „in alienam formam negotii cadit“.

Da nun aber der Beauftragte den Auftrag wesentlich aus Gefälligkeit und aus Besorgnis um die Interessen des Mandanten, nicht um eigenen Vorteils willen

---

[1]) l. 1 § 4 D. h. t.: „Mandatum nisi gratuitum nullum est“ — § 13 I. h. t.: „In summa sciendum est mandatum nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere.“

[2]) l. 6 pr. D. h. t.

[3]) Kritz, a. a. O. Kap. 2. Nr. 3.

[4]) Sintenis a. a. O. § 113. Note 8.

[5]) Dernburg, Privatrecht II § 180 Note 2.

übernimmt, so ist Lenel[1]) durchaus Recht zu geben, wenn er sagt, dass der Mandatar deswegen eine rücksichtsvolle Behandluug verdient.

Betrachtet man das Mandat von einem anderen Gesichtspunkte aus, nämlich dem Gegenstande des Auftragsvertrages, so werden die Gegenstände des Mandates in der Regel operae liberales sein, da bei operae locari solitae die Absicht des Lohnerwerbs überwiegt, bei den operae liberales dagegen zurücktritt.[2])

Noch eine andere Eigentümlichkeit des Mandats darf aber nicht übergangen werden. Das Mandat kann geschehen mea tantum, oder aliena tantum, oder mea et tua, oder mea et aliena, oder tua et aliena[3]) oder mea et tua et aliena gratia.[4]) Nur tua tantum gratia kann es nicht sein.[5]) „Quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur."[6]) „Cuius generis mandatum magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur."[7])

Aus diesen beiden Eigentümlichkeiten des Mandates ergiebt sich somit:

1. Von einer Haftung des Mandanten, dem Mandatar gegenüber, kann bei dem Mandatum tua tantum gratia keine Rede sein, es sei denn, dass der Mandatar nachweist, er würde ohne dasselbe nicht gehandelt haben.[8])

2. Da der Mandatar wesentlich im Interesse des

---

[1]) a. a. O. S. 221.

[2]) Koppel a a. O. S. 11.

[3]) Hanau, a. a. O. S. 9.

[4]) l. 2 pr. l. 5 D. 17, 1; § 5 J. III, 26. Der Fall des mandatum mea et tua et aliena gratia ist in den Quellen nicht angeführt, aber denkbar. cfr. Buchner a. a. O. § 57.

[5]) Mommsen, Erörterungen II. § 9.

[6]) l. 2 pr. D. 17, 1.

[7]) l. 2 § 6 D. 17, 1.

[8]) l. 6 § 5 D. 17, 1. Gesterding, a. a. O. S. 205; Vangerow a. a. O. § 659, Note; Koppel a. a. O. S. 11, Note 2.

Mandanten handelt, so soll er durch den Auftrag keinen Schaden erleiden. [1])

Sintenis ist freilich der Ansicht, [2]) seitdem für das Mandat auch eine Vergütung bestimmt werden könne, sei der Grundsatz, dass Niemandem seine Gefälligkeit zum Nachteil gereichen dürfe, nicht weiter entscheidend.

Dem ist jedoch nicht beizupflichten, vielmehr Mommsen Recht zu geben, welcher sagt,[3]) dass das Prinzip der Unentgeltlichkeit ohne Zweifel von grossem Einfluss auf die sonstigen, für das Mandat geltenden Grundsätze gewesen ist, und dass diese Grundsätze im römischen Rechte in Geltung blieben, nachdem es als zulässig angesehen wurde, eine Vergütung für den zu leistenden, Dienst zu versprechen.

Mommsen fügt noch hinzu, dass die Aufhebung der vorerwähnten Grundsätze nicht in Frage kommen konnte, weil formell das Prinzip der Unentgeltlichkeit des Auftrages aufrecht erhalten wurde und man die Kontraktsklage zum Einklagen der versprochenen Vergütung nicht verwendete.

Mommsen stellt daher den durchaus richtigen Satz auf, dass ohne Zweifel die Bestimmungen des römischen Rechts hinsichtlich des Mandats heute gemeines Recht sind.[4])

## § 2.

## Begriff des Schadens.

Windscheid[5]) spricht von dem Nachteil, der in der Lage einer Person eintritt, und versteht darunter

---

[1]) Mommsen, Erörterungen II, § 9; Koch, a. a. O. § 288 Glück, Bd. 15, § 956 und ebenda Note 50 und dort Citierte

[2]) Sintenis, a. a. O. § 113, S. 586 ff.

[3]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. II, § 9.

[4]) Von der gleichen Voraussetzung geht auch Hanau aus. — A. a O. S. 12 f.

[5]) A. a. O. II. § 258.

sowohl positiven Schaden, als ausgebliebenen Gewinn. Er fasst also die nach der herrschenden Lehre unterschiedenen Begriffe „damnum emergens“ und „lucrum cessans“ unter dem gemeinsamen Begriffe „Nachteil“ zusammen.

Da das Corpus iuris diesen Unterschied nicht kennt und sowohl für die Verschlechterung des bereits vorhandenen Vermögens als das Entbehren des erlaubten Gewinnes einen gemeinsamen Ausdruck hat[1]): id quod interest, damnum, so braucht auf diesen Unterschied nicht näher eingegangen zu werden.

Der vielgebrauchte deutsche Ausdruck: „Schaden, der erwächst“, entspricht zwar ungefähr dem Ausdrucke „damnum emergens“, es versteht aber Hanau ganz richtig denselben nicht im Sinne von „damnum emergens“, sondern allgemein im Sinne von „damnum“, also im Sinne des Windscheidschen „Nachteils“, d. h. im weitesten Sinne, nicht im Gegensatz zum „lucrum cessans“[2]).

Fasst man diesen Begriff des Schadens oder Nachteils im weitesten Sinne, so kann er sich beziehen auf Gesundheit, Ehre und Vermögen; fasst man ihn nicht so weit, so bezieht er sich nur auf Eigentum oder Vermögen.[3])

Forderungsrechte auf Ersatz eines andern, als eines Nachteils am Eigentum oder Vermögen sind von geringerer praktischer Bedeutung.[4]) Ist der Nachteil ein anderes, als ein Geldnachteil, so kann zunächst die Leistung dieses anderen verlangt werden.[5])

---

[1]) Koch, a. a. O. Bd. I. § 19, S. 196 (1. Aufl. S. 187.)

[2]) So auch Koch, a. a. O. Bd. I, S. 196; l. 151, l. 203 D. 50, 17; l. 2, l. 3 D. 39, 2; l. 2 § 11 D. 43, 8; l. 31 D. 4, 3; l. 21, l. 22, l. 23 D. 9, 2; l. 13 pr. D. 46, 8.

[3]) Koch, a. a. O. Bd. I. S. 196.

[4]) Windscheid, Bd. II § 257, Note 3.

[5]) Windscheid, Bd. II § 257, Note 6; Wächter, a. a. O. § 172; Arndts, a. a. O. § 206.

Ist dessen Leistung unmöglich, oder kann dieselbe direkt nicht erzwungen werden, so wird sie in eine Geldleistung umgewandelt.[1])

Die Ursache der Entstehung des Schadens kann eine positive oder negative Thatsache sein.[2])

## § 3.

## Aufgabe.

Die in vorliegender Untersuchung zu beantwortende Frage ist, um mit den Worten von Unger[3]) zu sprechen: wer beim Mandat die Last des Schadens zu tragen hat, genauer gesagt: ob der zunächst vom Schaden betroffene Mandatar denselben endgiltig zu erleiden hat, oder ob und in welchen Fällen er denselben auf den Mandanten abwälzen kann, der ihn zu ersetzen hat.

Windscheid macht nun einen Unterschied[4]) zwischen in und bei Ausführung des Auftrages dem Mandatar erwachsenem Schaden.

Er versteht unter „in Ausführung des Auftrages“: „Der Auftrag war auf eine Aufopferung direkt gerichtet: z. B. er ging auf Ankauf einer Sache um das Geld des Beauftragten oder auf Uebernahme einer Bürgschaft.“ Er versteht unter „bei Ausführung des Auftrages: es ist etwas zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden.“

Die Aufopferungen, auf welche der Auftrag direkt gerichtet war, fallen nicht in den Bereich dieser Untersuchung, ebensowenig dasjenige, was zum Zweck der Ausführung des Auftrages aufgewendet worden ist.

---

[1]) Voigt. a. a. O. S. 417 ff. unterscheidet zwischen Einbusse, Verlust und Schaden.

[2]) Windscheid, Bd. II § 257, Note 4 und 5.

[3]) Unger, a. a. O. S. 4.

[4]) Windscheid, Bd. II § 410 Abs. 2 und Note 14.

In diesen Fällen ist eine Ersatzpflicht des Mandanten selbstverständlich.

Hinsichtlich dieser Punkte führt Hanau sehr richtig aus, [1]) „dass ein grosser Teil dessen, was auch Schaden genannt werden kann, auszusondern ist", und dass „nur von demjenigen Schaden zu reden sein wird, der den Mandatar positiv trifft, das heisst, ganz unabhängig davon, dass der Mandant ihm zukommende Ersatz-Verpflichtungen nicht erfüllt, ein Schaden demnach, der dem Mandatar ganz unabhängig von den bezeichneten Handlungen des Mandanten thatsächlich fühlbar wird."

Ein Begriff bedarf aber noch notwendig der Feststellung, es ist der des zufälligen Schadens.

Um zur Klarheit hierüber zu kommen, muss gleich von vornherein hervorgehoben werden, dass darunter logischerweise nur verstanden werden kann der „rein zufällige", das heisst ein weder durch den Mandanten, noch durch den Mandatar veranlasster Schaden.

Es muss sogar, um Zweifel zu vermeiden, noch hinzugefügt werden: auch nicht der durch das Mandat als solches veranlasste Schaden.

Streng genommen bedarf letzterer Punkt gar keiner Erwähnung, weil ein durch das Mandat als solches veranlasster Schaden auf den Mandanten, weil er den Auftrag erteilt hat, als den thatsächlichen Veranlasser zurückzuführen ist.

Nicht korrekt erscheint es aber, jeden Schaden, der nicht durch culpa, sei es des Mandanten, sei es des Mandatars, veranlasst ist, einen zufälligen Schaden zu nennen.

Es giebt Schaden, der entstanden ist aus einer vorwurfsfreien Handlung.[2])

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 10.

[2]) Unger, a. a. O. S. 5.

Einen solchen Schaden einen zufälligen zu nennen, ist doch verfehlt.[1])

Dieser Punkt ist auch von Hanau nicht klar genug hervorgehoben worden.

Wenn Hanau[2]) sagt: „unter zufälligem Schaden werden wir aber denjenigen Vermögensnachteil zu verstehen haben, dessen Entstehung nicht der zu prästierenden Schuld eines von beiden Kontrahenten, also weder der des Mandanten, noch der des Mandatars zur Last gelegt werden kann, der also nicht in einer Handlung oder Unterlassung der beteiligten Personen seinen Grund hat", so betont er hier nicht scharf genug, dass es auch einen Schaden giebt, „der in einer Handlung oder Unterlassung der beteiligten Personen seinen Grund" haben kann, ohne dass dabei jemand eine culpa zur Last fällt, kürzer gesagt: Hanau hebt nicht scharf genug das, was Unger „schuldloses Handeln" nennt,[3]) hervor.

Hanau nennt jeden nicht durch culpa veranlassten Schaden einen zufälligen und kommt daher dazu, von einem Schaden durch Zufall zu sprechen, „der auf ein inneres Moment des Auftrags als seine Veranlassung mit Bestimmtheit zurückgeführt werden kann."[4])

Einen solchen Schaden kann man aber doch einen zufälligen nicht nennen!

Schuld und Zufall = Nicht-Schuld ist nicht der richtige Gegensatz, sondern Veranlassung (durch Handeln oder Unterlassen) und Nicht-Veranlassung. Schaden, den der Mandant nicht veranlasst hat, ist hinsichtlich seiner Person ein zufälliger, Schaden, den

---

[1]) Dies thut Koppel, wie schon der Titel seiner bereits mehrfach citierten Schrift zeigt.

[2]) Hanau, a. a. O. S. 15.

[3]) Unger, a. a. O. S. 5.

[4]) Hanau, a. a. O. S. 63.

der Mandatar nicht veranlasst hat, ist hinsichtlich der Person des letzteren ein zufälliger.

Schaden allein, den weder Mandant, noch Mandatar veranlasst hat, wird man schlechthin als zufällig bezeichnen können, indessen wird in vorliegender Arbeit, um Missverständnisse zu vermeiden, ein Schaden der letzteren Art immer als ein „rein zufälliger" bezeichnet werden.

## Kapitel II.

## Der Widerspruch zwischen l. 61 § 5 D. 47, 2 und l. 26, § 7 D. 17, 1.

### § 4.

### Text und allgemeine Inhaltsangabe der Stellen.

Von der Voraussetzung ausgehend, dass die Grundsätze des römischen Rechts über das Mandat auch im heutigen gemeinen Recht gelten, muss nun, um den Boden zu schaffen, von welchem aus die Voraussetzungen für die Haftung des Mandanten abgeleitet werden können, zunächst die l. 61 § 5 D. 47, 2 aus dem 8. Buch der Quaestiones des Afrikan, und die l. 26 § 7 D. 17, 1 von Paulus untersucht werden.

Die Stelle bei Africanus lautet:

„Quod vero attinet ad mandati actionem, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omni modo damnum praestari debere, et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut, etiamsi ignovaverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilo minus damnum decidere cogatur . iustissime

enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere . nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse . et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore dolum eius, qui sciens reticuerit puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere . nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret."

Die Stelle des Paulus aus dem Titel „mandati" lautet:

„Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit tantum tibi praestari oportet."

In beiden Fällen ist der Auftrag zum Ankauf eines Sklaven gegeben. Der Sklave bestiehlt nun den Beauftragten.

Bei Africanus soll der Auftraggeber auch dann für allen Schaden haften müssen, wenn er nicht gewusst hat, dass der Sklave ein diebischer Mensch ist, also auch dann, wenn dem Mandanten keine culpa zur Last gelegt werden kann.

Paulus dagegen lässt den Mandanten nur dann haften (für den vollen Schaden), wenn er gewusst hat, dass der Sklave ein diebischer Kerl ist. Andernfalls hat der Mandatar nur die Noxalklage, und auch diese

nur unter der Voraussetzung, dass er selbst nicht in culpa ist.

Da nun in der Stelle des Paulus von der „noxae deditio“ die Rede ist, so ist zunächst hierüber zu sprechen.

## § 5.

## Die noxae datio.

Wenn ein Sklave oder ein Tier einen Dritten, d. h. einen anderen, als den Eigentümer beschädigte, so konnte der Eigentümer sich von der Schadensersatzklage befreien, indem er dem Beschädigten den Sklaven oder das Tier preisgab. Dies nannte man noxae dedere. Es fand also eine Entschädigung nur statt bis zur Höhe des Wertes des Sklaven oder des Tieres. Starb das betreffende lebende Wesen (Sklave oder Tier), welches den Schaden zugefügt hatte, so fiel der ganze Anspruch weg.[1]) Vergütete der Eigentümer den Schaden, so brauchte er den Sklaven oder das Tier nicht noxae dedere.[2])

Der Beschädigte war also in praxi recht ungünstig gestellt.

War der Schaden geringer, als der Wert des Sklaven oder des Tieres, so deckte der Eigentümer den Schaden.[3])

War der Schaden aber grösser, so ging die Entschädigung, wenn der Schaden auch noch so gross war, nicht über den Wert des Sklaven oder des Tieres hinaus. Starb Tier oder Sklave, nachdem sie noxae gegeben waren, so hatte der Beschädigte gar nichts.

Auf diese Punkte hat Hanau[4]) genügendes Gewicht nicht gelegt.

---

[1]) l. 1 § 13 D. 9, 1.
[2]) l. 1 § 11 D. 9, 1.
[3]) Hepp, a a O. § 10, S. 66.
[4]) Hanau, a a. O. S. 56 ff.

Er hätte sonst unmöglich verkennen können, dass „in dem Umstande, dass Paulus den Mandanten nur bis zum Betrage der Noxae datio haften lässt, eine Begünstigung des Mandanten zu sehen und also anzunehmen sei, dass Paulus den Mandanten für zufälligen Schaden nur limitiert haften lasse.“ [1])

Ausserdem aber fand die noxae datio stets statt, wenn ein Sklave oder ein Tier jemand beschädigt hatte, sie war an sich jedenfalls vom Mandate völlig unabhängig.

In dem Falle, den Paulus in der l. 26 § 7 D. 17, 1 anführt, ist somit die noxae datio selbstverständlich.[2])

Hanau aber erblickt das Entscheidende darin, dass Paulus, auf die Autorität des Neratius sich stützend, dem Mandatar das Recht giebt, die noxae datio mit der actio mandati contraria zu fordern.

Allerdings wird Hanau gefolgt werden müssen, dass „es sich hier nicht bloss um einen formellen Gegensatz handelt“, dass vielmehr „der Anspruch des Mandatars auf noxae datio sich auf eine contractliche Verbindlichkeit stützt.“ [3])

Aber nicht das ist das Wichtige, worauf sich der Anspruch stützt, sondern bis zu welcher Höhe der Anspruch geht, und das kann nach dem bisher gesagten trotz Hanau einem Zweifel nicht unterliegen, dass, im Fall des Nichtwissens seitens des Mandanten, Paulus den Mandatar ungünstiger stellt, als Africanus. Denn bei Paulus erhält der Mandatar nur Schadenersatz bis zur Höhe des Wertes des Sklaven, bei Africanus dagegen vollen Schadenersatz.

Ist das kein Unterschied?

Es ist ein Unterschied von eminenter praktischer Bedeutung.

[1]) Hanau, a. a. O. S. 54 ff.
[2]) l. 22 D. 13, 6; l. 45 D. 19, 2.
[3]) Hanau, a. a. O. S. 54.

Man muss sich nur klar machen, dass, wenn die gestohlenen Gegenstände auch hundertmal soviel wert waren, als der diebische Sklave, nach Paulus der Mandatar doch nur ein Hundertstel des Wertes ersetzt bekam, indem der Mandant sich durch noxae datio befreite, während er nach Africanus den vollen Schaden ersetzen musste.

Es kann daher der Satz von Hanau: „beide Stellen widersprechen sich nicht, wie man behauptet hat, sondern greifen in der schönsten Harmonie in einander",[1]) unmöglich aufrecht erhalten werden, wenn man, wie Hanau, annimmt, Paulus spreche wie Africanus von einem mandatum ad emendum certum servum.

Es wird daher dabei bleiben müssen, dass nach l. 26 § 7 D. 17, 1:

1. der Mandant in dem Falle, von welchem Paulus spricht, aus dem Auftragsvertrage nicht über die noxae datio hinaus haftet;

2. der Mandatar auch auf noxae datio nur Anspruch hat, wenn ihm selbst keine culpa zur Last fällt.

Die Lösung des Widerspruches zwischen Paulus und Africanus kann somit nur dadurch zu gewinnen sein, dass es gelingt, nachzuweisen, dass beide nicht gleiche, sondern verschiedene Fälle im Auge haben.

Diesen Nachweis aber zu führen soll nun in den nachfolgenden Paragraphen versucht werden.

Zu erwähnen ist nur noch, dass im heutigen Rechte der Fall mit dem diebischen Sklaven nicht mehr vorkommen kann, da es keine Sklaven mehr giebt; man muss sich hinsichtlich des Fragmentes des Paulus daher damit begnügen, daraus die oben sub 1 und 2 angeführten Prinzipien zu entnehmen.

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 63.

Übrigens war der ursprüngliche Grundgedanke für die Gewährung der noxae datio unzweifelhaft der, dem Beschädigten das Tier und den, dem Tier völlig gleichgestellten, Sklaven zur Rache preiszugeben, nicht der, ihm eine vermögenswerte Entschädigung zu gewähren.

Doch hierauf kommt für vorliegende Frage nichts an.

## § 6.
## Ältere Vereinigungsversuche.

Nach dem bisher Gesagten scheint somit ein Widerspruch zwischen Africanus und Paulus vorzuliegen.

Ältere Juristen haben denselben in folgender Weise zu heben gesucht: „distinguas an quis iussus fuerit simpliciter emere hominem, an vero hominem certum“.[1]) Ersteren Fall hat, nach Bachovius, Paulus, letzteren Africanus im Auge. Ähnlich äussert sich Pacius:[2]) „aut mandavi tibi, ut certum hominem emeres, aut simpliciter, ut mihi emeres servum“. Denselben Vereinigungsversuch machen Just. Meier[3]) und Hahn,[4]) sowie namentlich Lauterbach[5]) und Voet.[6])

Darüber, dass Africanus in der That von dem Ankauf eines bestimmten Sklaven redet, kann kein Zweifel obwalten. Das „certum hominem“ stellt dies ausser aller Frage.

Wie die Stelle des Paulus zu verstehen ist, wird in § 8 zu erörtern sein und kann daher hierauf verwiesen werden.

---

[1]) Reinh. Bachofen v. Echt: Notae etc. ad Treutleri disputationes, Bd. I, Disput. 27, Thes. 7, Litt. E. u. F., S. 1025.

[2]) Jul. Pacii: Legum conciliatarum centuriae, X, Cent. IV, Anm. 90, S. 342.

[3]) J. Meier: *Ἐνδοξῶν* Justin., Dec. 6, cap. 1.

[4]) Hahn, ad Wes. D. 17, 1. Nr. 10.

[5]) Lauterbach, a. a. O. D. 17, 1 § 35.

[6]) Voet a. a. O. D. 17, 1. § 13.

Lauterbach sagt nun: „si quis certum hominem sibi emi mandaverit et servus ille mandatario furtum fecerit, mandans illud damnum resarcire tenetur, quod secus est, si quis indefinitum mandatum ad emendum hominem acceperit. Eo enim in casu mandans tantum noxaliter mandati actione convenitur, et noxae deditione liberatur; modo mandator non sciverit servum emptum furem esse et hoc praedixerit."

Wie ersichtlich giebt Lauterbach bloss eine kurze Umschreibung der in Frage stehenden leges.

Die Schwierigkeit, die in der lex des Paulus durch das zugefügte „quod si ego scissem, nec praedixissem" entsteht, hat Lauterbach, ebenso, wie die andern oben citierten Juristen, ganz übersehen.

Anders Voet an dem oben angegebenen Orte. Voet sagt: „si quis certum servum, puta Stichum, emi mandaverit, isque mandatario furtum fecerit: mandans enim id ipsum reparare compellitur, cum in culpâ sit, quod non penitius in Stichi, pretio comparandi, conditionem inquisiverit . . . . . ad quod tamen damnum sarciendum non teneretur mandans, sed liberari posset servum noxae dando, si servum in genere tantum, sine certae personae designatione emi mandasset; cum casus plane fortuitus sit, quod mandatarius in servi furis emtionem inciderit . . . . . dum scientiae mentio injicitur, scientia talis videtur intelligenda, quae demum post interpositum mandatum, servumque jam emptum, supervenit".

Drei Punkte sind in dieser Auseinandersetzung bemerkenswert:

1. Africanus sagt im Schluss der l. 61 § 5 D. 47, 2, es liege hier eine culpa des Mandanten vor. Voet hat nun herausgefühlt, dass dieser Gesichtspunkt nicht recht passt. Er erklärt daher in diesem Falle die culpa des Mandanten dahin: der Auftraggeber müsse sich durch genaue Information vergewissern, ehe er den

Auftrag zum Ankauf eines bestimmten Sklaven gebe, ob dieser nicht diebischer Natur sei.

Diese Auffassung der Worte des Africanus kann für richtig nicht gehalten werden, obgleich namhafte Juristen [1]) eine gleiche oder ähnliche Auffassung, wie Voet, ausgesprochen haben.

Es ist vielmehr der Einwand, welchen Koppel [2]) gegen diese Ansicht macht, für stichhaltig zu erachten, dass nämlich Africanus es mit klaren Worten ausgesprochen hat, dass der Auftraggeber, falls der Auftrag auf Ankauf eines bestimmten Sklaven lautete, auch dann haften soll, wenn bei eingehender Information seitens des Mandanten der Sklave den Anschein erweckte, nicht diebischer Natur zu sein. Es ist durchaus möglich, dass der Sklave vorher keine diebische Natur zeigte und trotzdem nachher den Beauftragten bestahl. Der Mandant haftet in solchem Falle nach des Africanus Entscheidung, obwohl er nach bestem Wissen und Gewissen den Sklaven für einen ehrlichen Menschen halten musste. Ausser diesem Gesichtspunkte, den Koppel geltend macht, ist aber auch noch zu bedenken, wie der Mandant es denn machen soll sich, wenigstens in zuverlässiger Weise, über den Charakter eines Sklaven zu informieren, der sich bisher im Besitze eines Dritten, vielleicht an einem entfernten Orte befunden hat.

Doch es wird über die culpa in l. 61 § 5 D. 47, 2 in § 14 dieser Arbeit noch ausführlich zu sprechen sein.

2. Auffallend ist ferner die Begründung, welche Voet der Entscheidung des Paulus giebt: es sei ein Zufall, dass der Beauftragte grade auf den Kauf eines diebischen Sklaven „hineingefallen“ sei.

Es ist aber offenbar unrichtig, dies einen Zufall

---

[1]) Ihering, Jahrbücher, a. a. O. S 36 ff.; Dernburg, Pfandrecht, a. a. O. S. 163; Hasse, a. a. O. S. 402 ff.

[2]) Koppel, a. a. O. S. 17.

zu nennen. Unter Zufall muss man hier einen „reinen Zufall“ verstehen. Vom Mandatar wird man nun erwarten können, dass er sich vom Verkäufer Auskunft über den Charakter des Sklaven geben lässt und eventuell Garantie fordert, dass der Sklave nicht diebischer Natur sei. Man wird dies fordern können, da der Mandatar, wie ja auch Voet annimmt, einen Sklaven aussuchen soll. Indes soll damit nicht gesagt sein, dass es eine culpa des Mandatars sei, wenn er die oben angedeuteten Vorsichtsmassregeln unterlassen hat.

Jedenfalls darf, wenn man mit Voet annimmt, „falls der Auftrag incerte ad hominem emendum lautete, braucht der Mandant nicht zu haften“, dies nicht damit begründet werden ein solcher Schaden sei ein rein zufälliger. Im Gegenteil, man muss dies mit folgendem Gesichtspunkt begründen: dem Mandatar stand im Falle des mandatum indefinitum ad hominem emendum die Auswahl des Sklaven frei. Kauft er daher einen diebischen Sklaven, der ihn selbst nachher bestiehlt, so hat er dies dem Umstande zuzuschreiben, dass er grade diesen Menschen ausgesucht hat. Ist es daher nicht billig, dass der Mandatar in solchem Falle den Schaden trage, und nicht der Mandant? Macht der Beauftragte in diesem Falle einen Schadensersatzanspruch gegen den Auftraggeber geltend, würde dieser mit Recht einwenden können: „Es stand Dir ja frei, einen anderen Sklaven zu kaufen“.

3. Über die Schwierigkeit, welche durch das „quod si ego scissem“ in der lex des Paulus entsteht, sucht Voet dadurch hinwegzukommen, dass er annimmt, es habe zwar ein „mandatum in definitum ad hominem emendum“ vorgelegen, nachdem aber der Mandatar den Sklaven Stichus nach eigener Auswahl gekauft habe, habe der Mandant erfahren, Stichus sei diebisch, der Auftraggeber habe es trotzdem unterlassen, den

Mandatar zu warnen, und nun sei dieser, der den Stichus noch im Hause hatte, bestohlen worden.[1])

Diese Erklärung ist etwas künstlich. Allerdings hilft sie über das „quod si ego scissem“ unbestreitbar hinweg. Dagegen bleibt das daneben stehende „nec praedixissem“ ein ungelöster Widerspruch.

Das „prae“ kann doch schlechterdings nur verstanden werden: vor Ausführung des Auftrages, das heisst in diesem Falle: vor Ankauf des Sklaven.

Wenn daher zwar die Auffassung des Voet und seiner Vorgänger, Paulus spreche von einem mandatum indefinitum ad hominem emendum, wie sich aus den weiteren Erörterungen ergeben wird, für richtig zu halten ist, so muss doch die Erklärung, die Voet dem „quod si ego scissem nec praedixissem“ giebt, verworfen werden.

Voet hat eine richtige Erklärung, die über die Schwierigkeiten dieses Satzes hinweghilft, zu geben nicht vermocht.

## § 7.

## Die Kritik der Voetschen Theorie durch Glück und Pothier.

Gegen Voet und seine Vorgänger wendet sich Glück,[2]) indem er sich Pothier[3]) anschliesst. Sie bemerken, es sei ein Irrtum, anzunehmen, Paulus rede von dem Falle, dass der Mandatar überhaupt den Auf-

---

[1]) Diese Erklärung ist somit nicht erst von Hepp vorgeschlagen worden, wie Koppel meint (a. a. O. S. 21). Im Gegenteil: Hepp wendet sich gegen diese Erklärung, da er — a. a. O. S. 69 — bemerkt „die Worte des Gesetzes gäben keine Veranlassung zu dieser Annahme“. Hierin ist nun Hepp, wie oben ersichtlich, allerdings nicht beizustimmen. Die Erklärung des Voet wäre an und für sich annehmbar, stünde nur nicht noch „nec praedixissem“ dabei.

[2]) Glück, a. a. O. § 956.

[3]) Pothier, Pand. Justin. h. t. Nr. 60, Note 2, S. 123.

trag erhielt, einen Sklaven zu kaufen, Africanus aber von einem bestimmten Auftrag, einen gewissen Sklaven zu kaufen. Die Worte des Paulus: „quod si ego, scissem, talem esse servum“ seien ein deutlicher Beweis dafür, dass auch Paulus an ein Mandat gedacht habe, welches auf den Ankauf eines bestimmten Sklaven ging. Es sei also ein unbestreitbarer Widerspruch vorhanden und die Vereinigung der beiden Stellen unmöglich.

Dies ist nun die herrschende Lehre[1]) geblieben. Es wird sich aber ergeben, dass die beiden in Frage stehenden Stellen sich vereinigen lassen, das heisst, dass die Theorie von Voet und seinen Vorgängern an sich richtig ist, dass aber eine andere Erklärung als die von Voet gegebene, gesucht werden muss, um über das „quod si ego scissem, nec praedixissem“ hinwegzukommen.

Einen anderen Einwand gegen die Voetsche Theorie, Africanus rede von einem Mandat „ad certum hominem emendum“, Paulus aber von einem „mandatum in definitum“ macht Hepp[2]) von der Betrachtung der Noxalklage aus.

Hepp führt nämlich aus:

1. Es sei einleuchtend, dass Paulus sowohl den Fall des Auftrages zum Ankauf eines bestimmten Sklaven, als den Fall des unbestimmten Auftrages vom Standpunkte der Noxalklage, beziehungsweise noxae deditio in gleicher Weise habe entscheiden müssen.

Hierin irrt Hepp ohne Zweifel. Der Satz von Paulus hat doch offenbar den Sinn: wenn ein, in meinem Auftrag gekaufter Sklave den Mandatar bestohlen hat, so hat dieser gegen mich nur die Noxalklage, aber keine weiteren Entschädigungsansprüche.

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 39, 42.

[2]) Hepp, a. a. O. S. 69 ff.

Bloss zu konstatieren, dass der Mandatar die Noxalklage habe, hätte doch gar keinen Sinn, da jeder von einem Sklaven Beschädigte, nicht bloss der Mandatar, die Noxalklage hatte.

Es ist also aus dem Wortlaut des Paulus der Schluss nicht berechtigt, es werde Paulus in einem anderen Falle nicht eine Haftung über die Noxalklage hinaus, also einen höheren Schadensersatzanspruch gewährt haben.

Wenn nun Hepp

2. bemerkt, dass auch Africanus beide Fälle gleichmässig hätte entscheiden müssen, weil er davon ausgehe, dass die Natur des Freundschaftsvertrages eine Modifikation der Grundsätze der noxae deditio begründe, so ist dies ebenfalls nicht richtig. Africanus modifiziert die noxae deditio überhaupt nicht. Er will vielmehr im Falle des Auftrages ad emendum certum servum volle Entschädigung, also über die noxae deditio hinaus gewähren, und begründet dies allerdings aus der Natur des Freundschaftsvertrages. Es ist somit keineswegs der Schluss berechtigt, dass Africanus, wenn das Mandat „indefinitum" war, nicht etwa die Haftung des Mandanten auf die noxae deditio beschränkt haben würde. Die prinzipielle Ausführung im 2. Teil der lex des Africanus gestattet diesen Schluss jedenfalls ganz und gar nicht.

Dass der Beschädigte die Noxalklage hatte, stand jedenfalls fest.[1]) Es handelt sich nur darum, ob beim Mandat in gewissen Fällen der Beschädigte eine grössere Entschädigung, als ihm aus der noxae deditio erwuchs, beanspruchen konnte, oder ob er sich mit der noxae deditio begnügen musste.

---

[1]) Hasse, Culpa S. 402.

## § 8.

### Lex 26 § 7 D. 17, 1.

Die Frage spitzt sich somit darauf zu, ob mit Voet und seinen Vorgängern angenommen werden kann, Paulus spreche von einem Auftrag zum Ankauf eines beliebigen Sklaven, oder ob mit Glück und der herrschenden Lehre Paulus so verstanden werden muss, als habe er, wie Africanus, einen Auftrag zum Ankauf eines bestimmten Sklaven im Sinn.

Da die oben angeführten Heppschen Einwände verworfen werden mussten, so wird Voet Recht gegeben werden können, wenn es gelingt, für das „nec praedixissem" eine befriedigende Erklärung zu finden.

Die Stelle des Paulus lautet wörtlich:

„Sed cum servus, quem mandatu meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum, ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit: quod si ego scissem talem esse servum nec praedixissem, ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet."

Alle Ausleger der beiden Stellen des Africanus und des Paulus scheinen von der Voraussetzung ausgegangen zu sein, dass es für den Fall des Auftrages, einen Sklaven zu kaufen, nur zwei denkbare Möglichkeiten gebe:

1. Der Auftrag lautete auf den Ankauf eines bestimmten Sklaven.

2. Der Auftrag lautete auf den Ankauf eines beliebigen Sklaven, das heisst eines solchen, dessen Auswahl dem Mandatar vollkommen freistand.

Man denke aber nur, wie sich letzterer Fall in der Praxis gestaltet haben soll! Was für einen Grund kann der Mandant gehabt haben, dem Mandatar den Auftrag zu geben, ihm einen beliebigen Sklaven zu kaufen, höchstens vielleicht mit dem Zusatze, dass er nicht mehr, als so und so viel kosten dürfe? Ver-

anlassung zu einem solchen Auftrage könnte doch nur der Zweck einer Kapitalsanlage sein! Wer aber wird sein Geld in einer Sache anlegen, die erhebliche Kosten macht, da sie Nahrung, Kleidung, Wohnung erfordert? Lief doch auch der Auftraggeber Gefahr, dass sein Mandatar ihm einen sehr geschickten Koch kaufte, während er einen vorzüglichen Koch bereits hatte, aber einen geschickten Erzieher brauchte!

Ein ganz allgemeiner, „auf den Ankauf eines beliebigen Sklaven" lautender Auftrag ist jedenfalls sehr selten gewesen. In der Regel hat ein Auftrag auf den Ankauf eines Sklaven unzweifelhaft gelautet: „Ich brauche einen geschickten Koch (Feldarbeiter, Aufwärter, Schreibsklaven oder was sonst); sieh zu, ob Du mir einen solchen besorgen kannst." Ein derartiger Fall ist auch ein „mandatum indefinitum ad hominem emendum", und es ist durchaus glaubhaft, dass Paulus diesen, praktisch häufigsten Fall im Auge hatte. Ehe aus dieser Voraussetzung weitere Schlüsse gezogen werden können, muss jedoch die lex 26, § 7 D. h. t. sprachlich untersucht werden.

Glück und seine Anhänger, welche, wie oben gezeigt wurde, den Satz „quod si ego scissem nec praedixissem" gegen die Theorie von Voet ausspielen, haben nicht genügend berücksichtigt, dass in diesem Bedingungssatze gerade der Konjunktiv Plusquamperfecti steht.

Dies ist auch in der Uebersetzung des Corpus juris von Otto, Schilling und Sintenis übersehen worden. Hier findet sich nämlich die zweite Hälfte der lex 26, § 7 D. 17, 1 wie folgt übersetzt: „wenn ich indess gewusst habe, dass der Sklav ein solcher (diebischer) Mensch sei, und es Dir nicht vorausgesagt habe, damit Du Dich hüten könntest, so müsse ich Dir Deinen sämmtlichen Schaden ersetzen."

Diese Uebersetzung muss geradezu für falsch erklärt werden. Sie wäre richtig, wenn dastünde:

„quod si ego sciverim, nec praedixerim.“ Das steht aber nicht da, sondern das Plusquamperfectum. Die Uebersetzung lautet richtig: „wenn ich gewusst haben sollte, und nicht vorausgesagt haben sollte.“

Dies ändert den Sinn, wie sich nachher zeigen wird. Um aber zum Schlusse berechtigt zu sein, dass Paulus in l. 26 § 7 D. 17, 1 mit voller Absicht grade das Plusquamperfectum gebraucht hat, müssen die anderen Stellen, in welchen das Schulbeispiel des Sklavenkaufes vorkommt, zum Vergleiche herangezogen werden. Es sind dies folgende:

1. L. 22 D. 13, 6 handelt vom Commodat. Ein Sklave, den A. dem B. geliehen hat, hat denselben bestohlen. Die Entscheidung geht dahin, dass der Verleiher A., falls er nicht gewusst hat, dass der Sklave ein diebischer Mensch ist, von dem bestohlenen Commodatar mittelst der actio furti bloss auf noxae deditio belangt werden kann. Wusste aber der Verleihende um den diebischen Charakter des Sklaven, und hat ihn jemand, der dies nicht wusste, verliehen, so haftet er mit der actio commodati contraria auf vollen Schadenersatz. Der Satz, auf den es hier ankommt, lautet: „cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.“

Diese lex ist ebenfalls von Paulus.

2. Lex 31 D. 13, 7 von Africanus handelt von der Verpfändung eines Sklaven. Die Entscheidung lautet: hat der Schuldner die diebische Eigenschaft des Sklaven gekannt, — „quod si sciens furem pignori mihi dederit“ — so muss er auf vollen Schadenersatz haften. Wusste er um die diebische Natur des Sklaven dagegen nicht, so kann er sich durch noxae deditio befreien.

Jedenfalls steht die lex 26 § 7 D. 17, 1 mit ihrem Konjunktiv Plusquamperfecti für die Darstellung

der Kenntnis von der diebischen Natur des Sklaven vereinzelt da.

Ist es daher schon an und für sich wenig glaubhaft, dass Paulus in dem Bedingungssatze: „quod si ego scissem, nec praedixissem“ bloss zufällig und unabsichtlich das Plusquamperfectum gebraucht habe, so ergiebt der Vergleich mit den beiden oben angeführten Stellen die Gewissheit, dass Paulus mit voller Absicht „scissem“ und „praedixissem“ geschrieben hat.

In der Sprache der Klassiker müsste nun „quod si ego scissem nec praedixissem“ unbedingt ein irrealer Bedingungssatz sein, mit dem Sinne „wenn ich gewusst hätte“ = „ich habe es also nicht gewusst.“

Dies kann aber hier nicht angenommen werden. Dagegen spricht:

1. Das „cum servus . . . . fecisset“ im Anfang der l. 26 § 7 D. 17, 1; dieses ist offenbar kein irrealer Bedingungssatz. Es heisst nicht, „wenn er begangen hätte“ = „er hat es aber nicht gethan.“

Dass das cum hier da heissen solle und somit von einem bestimmten Faktum die Rede sei, kann auch nicht angenommen werden, namentlich, da die Stelle aus Ausführungen „ad edictum“ herrührt. Fasst man den Satz als bloss subjektive Annahme eines gedachten Falles mit dem Sinne: „wenn (einmal) ein Sklave . . . gethan hat“, so ist, nach der mustergiltigen Sprache wenigstens, das Plusquamperfectum absolut falsch. Das geht also nicht.

Es bleibt nur übrig, den Satz so zu verstehen: „wenn ein Sklave . . . . . einen Diebstahl begangen haben sollte.“

Mit dieser Konstruktion verbindet man im Deutschen die Vorstellung, dass dies in der Regel nicht vorkommen, sondern ein aussergewöhnlicher Fall sein werde.

Versteht man den Anfang der l. 26 § 7 D. 17, 1 so, so erklärt sich das Plusquamperfectum in den Worten „cum servus . . . . fecisset“ sehr wohl.

Da diese Worte aber kein irrealer Bedingungssatz sein können, so kann auch das „quod si ego scissem . . . nec praedixissem“ nicht als ein solcher aufgefasst werden.

Gegen letztere Annahme spricht aber auch noch:

2. Das eingeschobene „ut possis.“ Wäre nämlich „quod si ego scissem, nec praedixissem“ ein irrealer Bedingungssatz, so müsste es durchaus lauten „ut posses.“[1])

Man kann somit diese Stelle nicht als irrealen Bedingungssatz auffassen.

Die Auffassung und Uebersetzung von Otto, Schilling und Sintenis, welche den Satz als bloss subjektive Annahme eines gedachten Falles ansieht, entspricht, wie oben gezeigt wurde, auch nicht dem Sinn. Es bleibt daher nur übrig, die Worte „quod si ego scissem . . . nec praedixissem“ in dem Sinne von „wenn sollte . . . .“ aufzufassen und zu übersetzen. Thut man dies, so ist das Plusquamperfectum gebührend berücksichtigt und es erklärt sich auch das „ut possis“. Letzteres ist dann eine zwar nicht mustergiltige, aber immerhin begreifliche consecutio temporum.

Es ist somit der Schluss berechtigt, dass Paulus mit voller Absicht „quod si ego scissem . . . . nec praedixissem“ geschrieben hat und damit hat ausdrücken wollen, dass ein solcher Fall in der Regel nicht vorkommen, sondern eine Ausnahme sein werde.

Das somit gewonnene Ergebnis ist folgendes: Paulus hat zwar den Fall eines „mandatum infinitum ad hominem emendum“ im Sinne, aber in der Weise,

---

[1]) Hierauf machte mich Herr Professor Fisch in Bonn aufmerksam.

wie es in der Praxis am häufigsten war, mit gewissen näheren Bestimmungen über die erforderlichen Eigenschaften des Sklaven. Paulus fährt dann fort „wenn ich aber gewusst haben sollte, dass der Sklave diebischer Natur ist, und es nicht vorausgesagt haben sollte, damit Du Dich hüten kannst, so muss Dir — dem Mandatar — das Interesse geleistet werden."

Der Fall wäre dann so zu denken: Der Auftraggeber wusste, dass ein Sklave, puta Stichum, mit den verlangten Eigenschaften zum Verkauf stand. Er wusste auch, dass Stichus diebischer Natur war.

Wenn nun auch der Auftrag dahin lautete, der Beauftragte möge einen Sklaven mit den und den Eigenschaften kaufen, die Auswahl mithin in das Belieben des Beauftragten gestellt war, so haftet der Mandant doch für vollen Schaden, wenn der Beauftragte grade den Stichus kaufte und dieser jenen bestahl, denn der Auftraggeber hätte den Schaden abwenden können, wenn er dem Beauftragten gesagt hätte: „wenn Du aber den Stichus aussuchst, der, wie ich weiss, zum Verkauf steht, so nimm Dich in Acht, denn Stichus ist diebisch."

Da der Mandant so den Schaden hätte abwenden können, so ist es auch billig, ihn dafür haften zu lassen.

Man wende nicht ein, diese Kombination könne nur in seltenen Fällen eingetreten sein. Es wurde oben ja dargelegt, dass Paulus einen Ausnahmefall im Auge hatte.

Dass letzteres in der That der Fall war, wird auch bewiesen aus dem Wortlaut, den der citierte Satz in den Basiliken[1]) hat: *„Εἰ μέντοι κλέκτην αὐτὸν οἶδα καὶ οὐ προεῖπόν σοι, ὥστε φυλάξασθαι, εἰς τὸ διαφέρον ἐνέχομαι."*

Das starke *μέντοι* = allerdings weist darauf hin,

[1]) A. a. O. Bd. II, S. 108.

dass auch hier an einen Ausnahmefall gedacht ist: „wenn allerdings . . . .“

Koppel, der an eine solche Interpretation der l. 26 § 7 D. 17, 1 auch gedacht hat,[1]) bemerkt jedoch, er glaube nicht, dass man dies aus der Stelle herauslesen könne. Leider ist er aber die Gründe, warum er dies nicht glaubt, schuldig geblieben.

Auf Grund der oben gemachten Erörterungen muss vielmehr daran festgehalten werden, dass man die l. 26 § 7 D. 17, 1 sehr wohl so verstehen kann. Ja, sie muss sogar so verstanden werden, weil es die einzige befriedigende Möglichkeit ist, die beiden Stellen des Afrikanus und des Paulus nebeneinander bestehen zu lassen.

Und ist es nicht besser, die Stelle des Paulus vielleicht etwas künstlich zu erklären, als den gewagten Schluss zu machen, wie Pothier, Glück und ihre Anhänger, Paulus habe zwar „servus“ gesagt, aber „certus servus“ gemeint?

Paulus kannte doch auch wohl die Entscheidung des Afrikanus, der ein älterer Jurist[2]) war, und es ist nicht glaubhaft, dass Paulus einer, wenn man Glück und seinen Anhängern folgen wollte, Africanus widersprechenden Entscheidung, eine so wenig pointierte Form gegeben habe.[3])

Nachdem nun Pothier und Glück den Schluss gethan haben, auch Paulus spreche von einem „mandatum ad emendum certum servum“, werden sie dazu gezwungen, eine von beiden Stellen zu Gunsten der andern zu verwerfen.

Dass der Vereinigungsversuch von Hanau, welcher auch annimmt, Paulus rede von „einem mandatum ad emendum certum servum“, sich nicht aufrecht

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 34, Anm. 1.

[2]) Glück, a. a. O. Th. 12, § 779, S. 17.

[3]) Kalb, a. a O. S. 135, hebt den „glatten und guten Stil“ des Paulus hervor.

erhalten lässt, wird in § 14 gezeigt werden. Pothier und Glück verwarfen die lex des Paulus, da sie sich von den Billigkeitsgründen des Afrikanus überzeugen liessen.

Versteht man die lex des Paulus aber so, dass sie nicht verworfen zu werden braucht, so können beide Stellen neben einander bestehen bleiben, und man hat noch den Vorteil, sich für die Beurteilung der culpa des Mandatars auf die l. 26 § 7 D. 17, 1 berufen zu können, während die Verwerfer dieser lex hierzu allgemeine Prinzipien zu Hilfe nehmen müssen.

## § 9.

## Der Widerspruch ist nur scheinbar.

I. Africanus hatte entschieden: hat der Auftrag auf Ankauf eines bestimmten Sklaven gelautet, so haftet der Mandant auf jeden Fall für den, durch den Diebstahl des Sklaven erwachsenen Schaden. (Ausser, wenn der Mandatar in culpa ist. [cf. § 17.])

II. Dem widerspricht es nicht, wenn Paulus entscheidet:

A. Stand dem Mandatar die Auswahl des Sklaven frei, so hattet der Mandant nur mit der noxae deditio des Sklaven, das heisst heute gar nicht mehr.

B. Sollte aber der Mandant gewusst haben, dass ein Sklave, wie er ihn wünscht, zum Verkauf steht, aber diebischer Natur ist, die Warnung aber unterlassen haben, so haftet er. Mit anderen Worten: der Mandant haftet für jede culpa.

Das so gewonnene Ergebnis entspricht auch durchaus dem Billigkeitsgefühl.

In dem Falle ad I. hatte der Mandatar keine Wahl, er war an den Kauf eines bestimmten Sklaven gebunden, die Art der Ausführung war ihm vorgeschrieben. Er kann somit mit vollem Rechte sagen: „se id damnum non fuisse passurum, si id mandatum

non suscepisset".[1]) Daher kann auch dem Mandanten die Einrede nicht helfen: er habe nicht gewusst, dass der bestimmte Sklave diebischer Natur sei. Der Mandant muss „nihilo minus damnum decidere".[2])

In dem Falle ad II. A. ist es andererseits durchaus billig, den Mandanten nicht weiter haften zu lassen, da er einwenden kann, der Mandatar sei an den Kauf eines bestimmten Sklaven nicht gebunden gewesen, es sei also des Mandatars Sache, dass er gerade einen diebischen Sklaven ausgewählt habe.

Dagegen ist es in dem Falle ad II. B. wieder durchaus billig, den Mandanten haften zu lassen, da er in culpa ist, und der Mandatar mit Recht geltend machen kann: der Mandant konnte den Schaden abwenden, wenn er mich darauf aufmerksam machte, er wisse, dass ein Sklave mit den geforderten Eigenschaften verkäuflich, aber ein diebischer Kerl sei.

Die ratio iuris ist bei Africanus, dass im Falle des Auftrages, einen bestimmten Sklaven zu kaufen, der Schaden in kausalem Zusammenhang mit dem Mandat steht; bei Paulus, dass im Falle des „mandatum indefinitum ad emendum servum" in der Regel kein Kausalzusammenhang vorliegt.

Deshalb soll im ersten Fall der Mandant für vollen Schaden haften, im letzteren Fall in der Regel nicht. Es sind somit als Schlussergebnis dieses Kapitels II folgende Prinzipien gewonnen:

1. Der Mandatar soll durch den Auftrag keinen Schaden erleiden.

2. Der Mandant muss daher allen Schaden vergüten, der sich auf das Mandat als seine thatsächliche Veranlassung mit Sicherheit zurück-

[1]) l. 61 § 5 D. 47, 2.
[2]) ebenda.

führen lässt,[1]) also namentlich allen Schaden, der eintrat

a) infolge einer culpa des Mandanten,

b) infolge des Inhalts des Mandates, oder eines sonstigen Verhaltens oder Thuns des Mandanten.

## Kapitel III.

### § 10.

### Der Widerspruch zwischen l. 26 § 6 D. 17, 1 und l. 61 § 5. D. 47, 2.

In l. 26 § 6 D. 17, 1 heisst es: „non omnia quae impensurus non fuit mandator, imputabit veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet."

Es handelt sich hier offenbar um einen Schaden durch casus.

Mit Recht bemerkt Hepp,[2]) Paulus entscheide hier: wenn der Mandatar bei der Ausführung des Mandates einen zufälligen Verlust erlitten habe, so könne er von dem Mandanten keinen Ersatz dafür verlangen, weil ein reiner Unglücksfall mit dem Mandate in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehe.

Mit Recht hebt Hepp hervor: „reiner Unglücksfall". Darunter ist ein solcher zu verstehen, der überhaupt in keinem ursächlichen Zusammenhang mit dem Mandate steht, der, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, nicht vorauszusehen, daher durch ein sorg-

[1]) Schirmer, a. a. O. S. 78 ff.

[2]) a. a. O. § 10, S. 64 ff.

fältiges Verhalten des Mandanten nicht abzuwenden war, zu dem in keiner Weise der Mandant die Veranlassung gegeben hat. Zum Begriffe des reinen Zufalls gehört auch, dass ihn der Mandatar nicht veranlasst hat, doch ist hiervon vorläufig abzusehen, da es hier nur auf kausalen Zusammenhang des Schadens mit dem Mandanten ankommt.

Demnach hebt Hepp sehr richtig hervor: für Schaden, der durch das Mandat veranlasst ist, haftet der Mandant, nicht aber für rein zufälligen Schaden.

Von rein zufälligem Schaden kann man annehmen, dass er den Mandatar auch ohne das Mandat betroffen haben würde.

Schon Glück[1]) hatte diesen Grundsatz richtig erkannt, und nennt als Beispiele für rein zufälligen Schaden: Krankheit, Plünderung, Schiffbruch und dergleichen.

Gewiss ist es in der Regel richtig, derartige Unglücksfälle als rein zufällige anzusehen, doch ist nicht zu verkennen, dass sie auch mit dem Mandat in kausalem Zusammenhang stehen können, wie z. B., wenn sie durch den Inhalt des Mandates veranlasst sind.

Doch hieran hat Paulus in l. 26 § 6 D. 17, 1 offenbar nicht gedacht. Er citiert diese Fälle gerade als Beispiele für rein zufälligen Schaden. Dies beweist der Zusatz: „magis casibus, quam mandato".

Glück beruft sich daher für seine Ansicht, dass der Mandant für rein zufälligen Schaden keinen Ersatz zu leisten braucht, sehr richtig

1) auf diese l. 26 § 6 D. 17, 1,

2) darauf, dass der Grundsatz: „casus fortuiti a nullo praestantur"[2]) für alle Kontrakte gilt.

Der Satz: „haec magis casibus, quam mandato imputari oportet", könnte übrigens doch Zweifel er-

---

[1]) Glück, a. a. O. § 956.

[2]) l. 23, in f. D. 50, 17.

wecken, ob hier gemeint sei ein nur rein zufälliger Schaden, oder ein gewissermassen gemischter, der dem Zufall und dem Mandate, aber überwiegend dem Zufall zuzuschreiben ist.[1])

Offenbar muss man aber den Satz im ersteren Sinne verstehen; denn fasste man ihn im zweiten Sinne, so ergäbe das überhaupt keine Regel mehr, nach der sich ein Richter richten kann. Dieser Auffassung liegt eine offenbare Unklarheit zu Grunde, die darauf zurückzuführen ist, dass man sich nicht gehörig klar macht, dass „Zufall" hier nur im Sinne von „reiner Zufall" verstanden werden kann. „Reiner Zufall" und „Veranlassung durch das Mandat" sind zwei Begriffe, die sich ausschliessen, ein gemischter Fall ist daher nicht denkbar.

Die ganze lex ist daher so aufzufassen: „von den angeführten Unglücksfällen muss man eher (das heisst: in der Regel) annehmen, dass sie durch reinen Zufall, als durch das Mandat veranlasst sind."

Interessant ist hier ein Vergleich mit den Basiliken,[2]) den schon Glück angestellt hat: „*ταῦτα γὰρ κατὰ τύχην οὐ μὴν ἐκ τῆς ἐντολῆς συνέβη*"; das heisst: „denn dies entstand infolge Zufalls und keineswegs durch das Mandat."

Derselben Ansicht wie Glück ist auch Mommsen,[3]) wenn er sagt: „wenn der Schaden nur bei Gelegenheit der Ausführung des Mandates entstanden ist..... wenn der Schaden in ganz gleicher Weise den Mandatar betroffen hätte auch ohne das Mandat, so kann selbstverständlich von einer Haftung des Mandanten nicht die Rede sein." Nur so verstanden geben die Worte des Paulus einen guten Sinn. Wollte man sie

---

[1]) So Hanau, a. a. O. S. 58.

[2]) Basiliken, a. a. O. Bd. II, S. 107.

[3]) Mommsen, Erörterungen a. a. O. § 9.

dagegen auf jeden Unglücksfall beziehen, so ergäbe dies ein „sehr bedenkliches Prinzip“.[1])

Der Unterschied, den Paulus in § 6 macht, ist also der zwischen Veranlassung und reinem Zufall.

Auf den ersten Blick scheint die Entscheidung des Paulus allerdings in Widerspruch zu stehen mit dem Satze des Africanus: „iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset.“

Es ist aber durchaus unberechtigt, aus diesen Worten des Africanus abzuleiten, der Mandatar dürfe diesen Gesichtspunkt auch bei rein zufälligem Schaden, welchen Paulus im Auge hat, geltend machen. Denn Africanus spricht ja gar nicht von einem rein zufälligen Schaden, sondern von einem solchen, der durch den Mandanten veranlasst worden ist, da der Auftrag eben darauf lautete, einen bestimmten Sklaven zu kaufen.

Wenn der Mandatar rein zufällig von Räubern überfallen wird, oder Schiffbruch leidet, so kann er nicht sagen: „se id damnum non fuisse passurum si id mandatum non suscepisset.“

Es ist aber kein reiner Zufall, wenn er zur Ausführung des Auftrages durch eine unsichere Gegend reisen muss und beraubt wird, oder an einem stürmischen Tag eine Seereise machen muss und Schiffbruch leidet.

Als einen reinen Zufall wird man es auch nicht ansehen können, wenn der Mandant dem Mandatar aufgiebt, einen bestimmten Zug zu benutzen, um das Mandat auszuführen, und nun dieser Zug entgleist und der Mandatar dadurch Schaden erleidet.

Auch ein solcher Fall würde demjenigen Schaden zuzurechnen sein, der durch den Mandanten veranlasst worden ist.

Es muss eben dem billigen Ermessen des Richters

---

[1]) Dernburg, Pandekten, a. a. O. S. 315.

in jedem einzelnen Falle anheim gestellt bleiben, zu beurteilen, ob ein Schaden ein rein zufälliger ist, oder sich auf das Mandat als seine thatsächliche Veranlassung zurückführen lässt. Dass Fälle denkbar sind, wo die Grenze sehr schwer zu ziehen ist, ist allerdings nicht zu verkennen.

Die Stelle des Paulus, in diesem Sinne verstanden, steht auch mit den weiteren Worten des Africanus nicht im Widerspruch: „multo tamen aequius esse, nemini officium suum damnosum esse."

Entstand nämlich der Schaden durch reinen Zufall, so kann man doch nicht sagen, das officium sei „damnosum" gewesen.

Es ergiebt sich somit, dass die l. 26 § 6 des Paulus mit der l. 61 § 5 des Africanus durchaus nicht im Widerspruch steht.

Sie passt aber auch vortrefflich zu dem Sinne, der sich aus Kapitel II für die l. 26 § 7 ergab.

Schon Accursius aber gab dem Satz: „nemini officium suum damnosum esse debet", den Sinn, als ob er sich auch auf reinen Zufall erstrecke und sagte in der Glosse von der l. 26 § 6 des Paulus: „nec hic § de curialitate debet servari."

Hiernach sollte also der Mandant für jeden, auch den rein zufälligen Schaden haften, der dem Mandatar zustiess.

Dieser Ansicht folgt auch Tönsen,[1]) indem er sagt: es sei zwar eine allgemeine Regel, dass der Contrahent zum Ersatz des durch reinen Zufall erlittenen

---

[1]) Tönsen, das Allg. Priv.-Recht, S. 452 ff.

Von älteren Juristen, die Accursius folgten, seien genannt:

Ant. Faber: Rationalia in Pandect. ad h. t. (17, 1.);

Ant. Schulting, Thes. controv. D. LXI, P. 9.;

J. M. Magnus, Ration. et differentiar. iur. civ. Buch II, Kap. 8.;

Tuldenus, Commentar in Cod., h. t. Nr. 8.;

Ant. d'Espaisses, Oeuvres, Tom. I, pag. 99.

Schadens nicht verpflichtet sei, Africanus lasse aber bei reinen Freundschaftsverträgen von dieser Regel aus Gründen der Billigkeit eine Ausnahme eintreten, insofern, als derjenige Contrahent, welcher sich unentgeltlich verpflichte, für jeden casus Ersatz verlangen könne.

Dies soll also nach Tönsen nicht bloss für das Mandat, sondern für alle unentgeltlichen Verträge gelten. Hiergegen hat sich Hepp[1]) ausführlich ausgesprochen, doch kommt hier darauf nichts an, da es sich bei vorliegender Untersuchung bloss um das Mandat handelt.

Jedenfalls geht Tönsen, ebenso wie Accursius, viel zu weit. Da müsste man sich ja ängstlich hüten, jemand einmal einen Auftrag zu erteilen. Es liegt auch nicht der geringste Grund vor, aus der l. 61 § 5 D. 47, 2 herauszulesen, der Mandant solle auch für reinen casus haften, indem Africanus von einem, durch den Inhalt des Mandates veranlassten Schaden ausgeht. Es darf auch nicht angenommen werden, Africanus wolle von der allgemeinen Regel,[2]) dass für reinen Zufall kein Ersatz geleistet zu werden brauche, eine Ausnahme machen.

Mit Recht ist daher auch der Gedanke der Haftung für reinen casus „derzeit im gemeinen Recht verschollen".[3]) Accursius und seine Anhänger beriefen sich übrigens für ihre Lehre auf l. 52 § 4 D. 17, 2, wonach der Socius an dem Zufall Anteil nehmen muss, der den Mitgesellschafter betroffen hat, und glaubten, was für den Societätsvertrag gelte, gelte auch für den Auftragsvertrag. Letzterer Meinung ist übrigens auch Hanau.[4]) Hanau hat zwar in sehr hübscher Weise dargethan, dass der aus l. 52 § 4 und

[1]) Hepp, a. a. O. § 10, S. 70.
[2]) l. 23 D. 50, 17.
[3]) Dernburg, (Pandect.) a. a. O. S. 315.
[4]) Hanau, a. a. O. S. 71

l. 60 § 1 D. 17, 2 oft herausgelesene Widerspruch nur scheinbar ist, und dass für die Schadenersatzpflicht bei der Societas ähnliche Grundsätze gelten, wie beim Mandat.

Trotzdem erscheint es gewagt, vom Societätsvertrag auf das Mandat zu schliessen, wie bereits Glück[1]) ausführlich dargethan hat. Nämlich:

1. Wer in Angelegenhei teiner Societas eine Reise z. B. macht, macht diese, da er sie zum Vorteil der Societas macht, doch auch zu seinem eigenen, des einen Socius, Vorteil. Es ist trotzdem anerkannt, dass er einen ihm, bei dieser Gelegenheit zustossenden Schaden nicht allein trägt. Das Mandat aber ist unentgeltlich.

2. Diese Natur des Societätsvertrages bringt es mit sich, dass die Gesellschafter Gewinn und Verlust mit einander teilen müssen,[2]) daher werden sie auch wie Brüder betrachtet.

Diese Natur hat aber das Mandat gar nicht und die beiden Verträge sind daher in ihrem Wesen von einander prinzipiell verschieden; man kann somit vom Societätsvertrage keine Schlüsse auf das Mandat machen. Dass sich das Gesetz: Wer den Schaden veranlasst hat, hat ihn zu ersetzen, bei dem Gesellschaftsvertrage wie beim Auftragsvertrage findet, beweist nicht, dass für rein zufälligen Schaden bei Mandat und Societas dieselben Regeln gelten müssen.

Glück folgte übrigens mit seiner Darlegung Huber[3]) und v. Wernher.[4])

Dass der Mandatar für rein zufälligen Schaden keinen Ersatz bekommt, ist durchaus billig, da er

---

[1]) Glück, a a. O. § 956, S. 314—15.

[2]) l. 73 D. 17, 2; l. 25 § 6 D. 19, 2.

[3]) Ulrich Huber: Eunomia Roman, ad l. 26 § 6 D. h. t., pag. 608 ff.

[4]) Freih. v. Wernher: Selectio observationum forens., Bd. 1., Pars. IV, Obs. 214, n. 49—57.

auch rein zufälligen Gewinn nicht herauszugeben braucht.[1]) Hat somit Hepp[2]) vollkommen Recht, wenn er den Satz: „nemini officium suum debet esse damnosum“ nicht so weitgehend interpretiert, als Accursius, so kann seine Begründung, da er die culpa des Mandanten, als die Haftung desselben begrenzend ansieht, wie aus §§ 13 und 14 hervorgehen wird, als richtig nicht anerkannt werden.

Einen andern, eigentümlichen Vereinigungsversuch macht Koch.[3])

Zunächst sagt er sehr richtig: Der Machtgeber muss dem Beauftragten den Schaden ersetzen, der z. B. durch die Gewalt eines Dritten entstand, vorausgesetzt, dass der Beauftragte durch Vollziehung des Auftrages sich der Gefahr dieser Gewalt aussetzte. Wenn er aber diesen Schaden einen „für beide Teile zufälligen“ nennt, so ist dies nach dem bereits Erörterten verkehrt. Denn, wenn der Beauftragte sich durch Vollziehung des Auftrages einer solchen Gefahr aussetzen, z. B. durch eine verrufene Gegend reisen musste, so war der Schaden auf den Inhalt des Mandats zurückzuführen, also in Beziehung auf den Mandanten nicht zufällig.

Koch stellt nun weiter folgenden Grundsatz auf: wer bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages Gegenstände einbüsse, welche, dazu unnötig, nicht mitgeführt zu werden brauchen, könne dafür keinen Ersatz verlangen. Er sieht das Kriterium also darin, ob der verlorene Gegenstand zur Ausführung nötig war, oder nicht. Koch hat diese Ansicht wohl Donellus entlehnt, welcher sagt:[4])

---

[1]) v Holzschuher, a. a. O. S. 553; v. Wening-Ingenheim, a. a. O. § 303; Seuffert: XXX, 23 und IX, 153; Koppel, a. a. O. S. 30.

[2]) Hepp, a. a. O. § 10.

[3]) Koch, a. a. O. Th. III, § 288.

[4]) Donellus, a. a. O. Buch XXXIII, Kap. XII, 15.

„ea solum praestanda esse placet, quae contingunt in iis rebus quas habuit procurator mandati exsequendi causa. non aliter habiturus aut amissurus.“ [1])

Mit Unrecht beruft sich Koch auf l. 26 § 6 D. 17, 1, da diese lex nicht die geringste Andeutung enthält, welche dazu berechtigt, dies herauszulesen. Es ist vielmehr Mommsen[2]) beizustimmen, wenn er gegen Koch geltend macht: dass man die Haftung zum Schadensersatz doch nicht beschränken dürfe auf solche Gegenstände, die zur Ausführung des Mandates notwendig seien. Auf l. 26 § 6 D. cit. aber könne sich Koch deshalb mit Recht nicht berufen, weil Paulus davon ausgehe, dass infolge eines Schiffbruchs dem Mandatar ein Schaden zugestossen sei, ein so entstandener Schaden aber nicht ersetzt zu werden brauche. Man könne aber doch nicht annehmen, dass der Mandatar nur zur Ausführung des Auftrages unnötige Sachen mitgeführt habe.

Koch hat aber offenbar einen richtigen Gedanken gehabt. Er hat mit seinem Unterschied zwischen nötigen und unnötigen Gegenständen wohl daran gedacht, ob der Schaden sich auf den Inhalt des Mandates zurückführen lässt oder nicht.

Dies giebt auch Mommsen zu, welcher zu Kochs Theorie, obwohl er sie verwarf und, wie oben gezeigt wurde, widerlegte, bemerkte: „ich verkenne nicht, dass hierin etwas Wahres liegt“. Mit Recht sagt daher Hanau,[3]) dass Koch mit dieser Unterscheidung nur „ein einzelnes Beispiel zu der von ihm vorher aufgestellten Regel, dass der Machtgeber dem Beauftragten den Schaden ersetzen muss, welchen dieser dadurch erlitten hat, dass er bei der Vollziehung des ihm auf-

[1]) Ebenso: Schweppe, a. a. O. § 486, und Schilter, a. a. O. XXVIII, § 93.

[2]) Erörterungen, a. a. O. § 9 Note 8.

[3]) Hanau, a. a. O. S. 40.

gegebenen Geschäftes sich der Gefahr einer solchen Beschädigung aussetzen musste" habe geben wollen.

Diese Kochsche Theorie würde, als Regel betrachtet, ein viel zu spezielles Prinzip aufstellen. Das ist ihr Fehler. Sie müsste in unzähligen Fällen versagen.

## Kapitel IV.

## Ansichten verschiedener Juristen über l. 61 § 5 D. 47, 2 und l. 26 § 7 D. 17, 1.

### § 11.

### Die Theorien von Glück und Schirmer.

In der nun folgenden Auseinandersetzung sollen die Ansichten derjenigen Juristen, welche zwischen l. 61 § 5 D. 47, 2 und l. 26 § 7 D. 17, 1 einen Widerspruch annehmen, zunächst der Reihe nach erörtert werden.

Dass dieser Widerspruch nur ein scheinbarer ist, wurde bereits dargethan. Es ist daher nicht notwendig, jedesmal ausdrücklich hervorzuheben, dass die Ansicht von der unbestreitbaren Antinomie nicht zu billigen ist.

Glück[1]) hält die citierten Stellen für unvereinbar. Er giebt dann, durch die Billigkeitsgründe des Africanus überzeugt, dessen l. 61 § 5 den Vorzug. Des weiteren beschäftigt sich Glück mit Ausführungen Ant. Fabers, welcher[2]) in l. 26 § 7 D. h. t. statt „sine culpa tua": „sine culpa mea" lesen will. Glück weist diese Lesart ausführlich als irrig nach. Doch da die

[1]) Glück, a. a. O. XV, § 956.

[2]) Conject. iur. civ., Lib. III. Kap. 5.

Lesart: „sine culpa tua“ allgemein[1]) als richtig anerkannt ist, so braucht hierauf nicht näher eingegangen zu werden. Die Ansicht von Glück ergiebt sich aus folgenden Sätzen desselben: „Der Gewaltgeber muss dem Bevollmächtigten allen, von seiten des Letzteren nicht selbst verschuldeten Schaden ersetzen, welchen derselbe aus der Erfüllung des Auftrags, wenn auch nur durch die geringste Schuld des Mandanten erlitten hat“. — „Hat der Mandatar bei der Ausrichtung des Auftrags einen bloss zufälligen Verlust, zum Beispiel durch Krankheit, Plünderung, Schiffbruch und dergleichen erlitten, so ist der Gewalthaber einen solchen Schaden zu ersetzen nicht verbunden, weil dieser, als ein blosser Unglücksfall, mit dem Auftrag in keiner notwendigen Verbindung steht.“

Nun bemerkt Koppel,[2]) Glück mache zwischen „Ausrichtung“ und „Erfüllung“ des Auftrages einen Unterschied, und fügt mit Recht hinzu: „dieser Unterschied ist kein Unterschied“. Hiergegen wendet sich Hanau, indem er ausführt: „aber es ist auch nicht Glück, der diese Unterscheidung macht — es findet sich bei ihm nicht die leiseste Andeutung einer solchen — sondern Koppel selbst.“[3])

Gegen Hanau muss nun doch Koppel in Schutz genommen werden, denn in dem einen der angeführten Sätze von Glück findet sich das Wort „Erfüllung“, in dem andern „Ausrichtung“. Glück hat also entweder mit Absicht an beiden Stellen einen verschiedenen Ausdruck gebraucht, und dann hat Koppel Recht, oder Hanau hat Recht, dann hätte Glück ohne jeden Grund zwei Ausdrücke von verschiedener Bedeutung, um dieselbe Sache zu bezeichnen, angewendet.

---

[1]) Corp. iur. civ. edit. Krüger-Mommsen: l. 26 § 7 h. t.; Hanau, S. 43.

[2]) Koppel, a. a. O. S. 22.

[3]) Hanau, a. a. O. S. 26 f.

Es liegt aber kein Grund vor, bei Glück eine derartig nachlässige Sprache anzunehmen.

Koppel meint übrigens weiter, Glück habe mit dieser Unterscheidung zwischen „Erfüllung“ und „Ausrichtung“ ausdrücken wollen, es sei verschieden zu urteilen, je nachdem der Auftrag den Schaden veranlasst hat, oder nicht. Dieser Gedanke ist aber bei Glück jedenfalls nicht deutlich ausgesprochen, es ist auch nicht anzunehmen, dass Glück denselben gehabt hat,[1]) da nämlich Glück in seinen weiteren Auseinandersetzungen die Haftung des Mandanten darauf beschränkt, wenn er in culpa ist.

Schirmer[2]) sagt in Bezug auf l. 61 § 5 D. 47, 2: „Es ist von Africanus mit aller wünschenswerten Entschiedenheit die Regel aufgestellt, dass bei denjenigen bonae fidei negotia, welche lediglich im Interesse des einen Theils eingegangen werden, dieser Theil auch dem andern den zufälligen Schaden zu ersetzen hat, der auf das Geschäft als seine thatsächliche Veranlassung mit Sicherheit zurückgeführt werden kann.“ Ob es richtig ist, dies Prinzip auf alle bonae fidei negotia auszudehnen, kann hier unerörtert bleiben. Für das Mandat wurde durchaus dasselbe Prinzip am Schlusse des II. Kapitels aufgestellt und sind daher die Worte Schirmers, wenigstens in Bezug auf das Mandat, durchaus zu billigen. Nur ist zu bemerken, dass der Zusatz „zufälligen“ nicht für glücklich gehalten werden kann. Ein Schaden, der sich auf das Mandat „als seine thatsächliche Veranlassung zurückführen“ lässt, und zwar „mit Sicherheit“ darf ein „zufälliger“ nicht genannt werden, wenigstens nicht ein „rein zufälliger“, höchstens ein „scheinbar zufälliger“. Das Wort „zufällig“ giebt in diesem Zusammenhang zu Zweifeln Veranlassung; Schirmer meint offenbar

[1]) Hanau, a. a. O. S. 27.

[2]) Schirmer, a. a. O. S. 80 ff.

damit einen Schaden, der sich der Natur der Dinge nach nicht erwarten liess.[1])

Trotz dieser sehr richtigen Auffassung von der l. 61 § 5 D. 47, 2 kann sich aber Schirmer nicht von dem Gedanken losmachen, dass die Haftpflicht des Mandanten auf seine culpa beschränkt werden soll.[2]) Hierdurch macht sich Schirmer einer Inkonsequenz schuldig.

Trotzdem nun Schirmer die l. 26 § 7 D, 17, 1 in der herkömmlichen Weise auffasst, nämlich, auch Paulus spreche von dem Auftrag, einen bestimmten Sklaven zu kaufen, und trotz seiner oben angegebenen Auffassung über das Fragment des Africanus, sagt Schirmer, er sehe keinen eigentlichen Widerspruch zwischen diesen beiden Stellen. Das Fragment des Paulus sei auf solche Fälle zu beziehen, wo sich dem Mandanten kein Versehen, dem Beauftragten gegenüber, nachweisen lasse.

Wie man aber auch l. 26 § 7 D. h. t. hinsichtlich des „bestimmten", oder „unbestimmten" Sklaven verstehen mag, ein Versehen des Mandanten ist es doch unter allen Umständen, „wenn er gewusst hat, dass der Sklave diebischer Natur ist, und es nicht vorausgesagt hat, damit der Mandatar sich hüten kann". Und Africanus andrerseits lässt den Mandanten auch dann haften, wenn ihm kein Versehen zur Last gelegt werden kann, was ja auch grade Schirmer selbst besonders hervorhebt.

Wenn also auch Schirmer mit seinem Grundgedanken durchaus das Richtige trifft, so kann doch nicht geleugnet werden, dass er in seinen weiteren Ausführungen sich selbst widerspricht[3]) und dass dieselben als unrichtig angesehen werden müssen.

---

[1]) Näheres hierüber wurde bereits in § 3 dieser Arbeit gesagt.
[2]) Hanau, a. a. O. S. 28.
[3]) Koppel, a. a. O. S. 24.

## § 12.
## Die Theorien von Kritz und Hepp.

Kritz hält die beiden Stellen l. 26 § 7 D. h. t. und l. 61 § 5 D. 47, 2 ebenfalls für absolut unvereinbar.[1])

Er verwirft dann die erstere lex zu Gunsten der letzteren, indem er hinzufügt: es könne wenig darauf ankommen, wie in konkreten Fällen dieser oder jener Jurist die Zufälligkeit aufgefasst habe. Dies ist aber doch ein nicht annehmbarer und zu bequemer Standpunkt, um die in Frage stehenden Stellen in ihrer Bedeutung herabzudrücken. Es muss vielmehr die Verschiedenheit der Entscheidungen des Paulus und Africanus für höchst bedeutungsvoll gehalten werden. Dies erkennt auch Koppel[2]) an, der ebenfalls auf dem Standpunkt steht, die Stelle des Paulus müsse zu Gunsten derjenigen des Africanus verworfen werden. Koppel hebt nämlich hervor, dass der Fall des Sklavenkaufs nicht bloss als ein konkreter Fall zu betrachten ist, sondern ein Beispiel für eine Regel. Letztere Bemerkung Koppels ist offenbar richtig, wenn auch seine Meinung, die lex des Paulus sei zu Gunsten derjenigen des Africanus zu verwerfen, wie bereits früher gezeigt wurde, nicht zu billigen ist. Die Ausführungen von Kritz enthalten im übrigen nichts, was geeignet wäre, den in Kapitel II gemachten Vereinigungsversuch und die ebenda begründete Auffassung von der l. 26 § 7 D. h. t. zu widerlegen. Die allgemeinen Prinzipien leitet Kritz aus l. 26 § 6 D. h. t. ab. Lediglich auf Grund dieser Stelle und der l. 61 § 5 D. de furtis kommt Kritz zu der sehr richtigen Unterscheidung zwischen „rein zufälligem“ und „durch das Mandat bedingtem“ Schaden.

---

[1]) Kritz, a. a. O. S. 71 ff.

[2]) Koppel, a. a. O. S. 15.

Wenn er nun aber weiter sagt:[1]) der Mandant sei nur dann gehalten, den Mandatar für Verlust zu entschädigen, zu welchem die Ausführungen des Mandates die zufällige Veranlassung gegeben, wenn dem Mandanten dabei ein Verschulden zur Last falle, so scheint er hier wiederum von dem oben aufgestellten Begriffe des „rein zufälligen" Schadens abzugehen. Wie soll man sich denn einen „rein zufälligen" Schaden denken, bei welchem dem Mandanten ein Verschulden zur Last fällt?

Obwohl Kritz also anfangs ein richtiges Prinzip aufstellt, will er doch, wie es scheint, mit der herrschenden Lehre, die Haftung des Mandanten auf seine culpa beschränken, worin er sich ohne Zweifel selbst widerspricht.

Auch Hepp[2]) ist der Ansicht, es liege eine unbestreitbare Antinomie vor, „wobei wir uns auch beruhigen könnten, indem diese Kontroverse für uns unpraktisch geworden sei." Diesem letzten Satze ist nun ebenfalls nicht beizustimmen. Freilich ist der Sklavenkauf für das heutige gemeine Recht unpraktich geworden, aber an diesem Schulbeispiel sollte doch jedenfalls eine Regel erläutert werden, und diese Regel muss für das gemeine Recht in Betracht gezogen werden.

Hepp fasst überhaupt die beiden in Frage stehenden Stellen falsch auf. Er meint, es drehe sich um die noxae datio. Dies ist aber, wie bereits oben gezeigt wurde, gar nicht der Fall. Es handelt sich vielmehr darum, wann eine Haftung des Mandanten über die noxae datio hinaus stattfinden soll.

---

[1]) Kritz, a. a. O. S. 59.
[2]) Hepp, a. a. O. § 10.

## § 13.

### Die herrschende Lehre.

Die herrschende Lehre folgert aus den beiden bereits oft citierten Stellen des Africanus und Paulus:

1. Der Mandant ist dem Mandatar nur dann schadensersatzpflichtig, wenn der Mandant in culpa ist.[1])[2])

2. Für rein zufälligen Schaden, welcher dem Mandatar zustiess, hat der Mandant nicht aufzukommen.[1])[3]) Die Haftung des Mandanten soll also durch seine culpa begrenzt werden.[4])

Indessen findet[5]) sich die Ansicht, dass der Mandant eine weitergehende Sorgfalt aufzuwenden habe, um nicht culpos zu erscheinen, als dies bei gewissen andern Verträgen gefordert werde.[6])

So sagt Dernburg indem er Voet[7]) folgt: Der Mandant müsse den Charakter des Sklaven beobachtet und studiert haben.

Dies ist vielleicht richtig, wenn jemand einen, ihm gehörigen Sklaven verpfändet. Hier kann man von dem Verpfänder allerdings verlangen,[8]) dass er weiss, ob der Sklave, den er in der Regel vor der Verpfändung längere Zeit im Besitz gehabt haben wird, diebischer Natur ist, oder nicht. Beim Mandat kann man diese Anforderung kaum geltend machen, da es sich regelmässig um den Ankauf eines fremden

---

[1]) Dernburg, Pand., Bd. II, S. 315.

[2]) Arndts, Pand., 13. Aufl., 1886, § 293.

[3]) Windscheid, Bd. II, § 410, S. 489.

[4]) v. Löhr, a. a. O. S. 145; Schirmer, Ztschr. f. RG., Bd X, S. 74—81.

[5]) Dernburg, Pfandr., a. a. O. S. 163; Hasse, a. a. O. S 402 ff.; Mommsen, Beiträge, Bd. III, S. 369, Note 16.

[6]) Ausführlich handelt hierüber Hanau, a. a. O. § 2.

[7]) cf. § 6 dieser Arbeit.

[8]) Obgleich nach l. 31 D. 13, 7 der Verpfänder eines diebischen Sklaven, wenn ohne Kenntnis von dieser Eigenschaft, sich durch noxae deditio befreien konnte.

Sklaven handelt. Wie soll es aber der Mandant machen, um den Charakter eines, im Besitz eines Dritten, vielleicht an einem entfernten Ort befindlichen, Sklaven zu studieren?

Ein anderer Gesichtspunkt hiergegen wurde bereits in § 6 gegen Voet geltend gemacht.

Löhr[1]) stellt nun die Behauptung auf, die ganze Stelle des Africanus sei nur durch Inkonsequenz der Kompilatoren in die Digesten aufgenommen worden. Da diese Ansicht ganz vereinzelt geblieben ist, braucht auf Löhr's Gründe für diese Meinung nicht weiter eingegangen zu werden. Jedenfalls ist die Stelle des Africanus glossiert und somit rezipiert.[2])

## § 14.

### Die culpa in l. 61 § 5 D. 47, 2.

Die herrschende Lehre, dass die Haftung des Mandanten durch seine culpa begrenzt werden soll, stützt sich namentlich auf l. 61 § 5 D. 47, 2.

Um zur Klarheit über diese Frage zu gelangen, muss man unterscheiden:

1. ob der Mandant, wenn er in culpa ist, haften soll;

2. ob er nur dann haften soll, wenn er in culpa ist.

Ersteres ist ohne Zweifel schon aus allgemeinen Grundsätzen unbedingt zu bejahen.[3]) Am Schluss des Kapitels II wurde, im Anschluss an Schirmer, der Satz aufgestellt: der Mandant muss allen Schaden vergüten, der sich auf das Mandat als seine thatsächliche Veranlassung mit Sicherheit zurückführen lässt.

Als ein solches „sich mit Sicherheit zurückführen lassen“ wird namentlich der Umstand anzusehen

---

[1]) Löhr, a. a. O. S. 143.

[2]) Windscheid, a. a. O. Bd. I, S. 8.

[3]) Unger, a. a. O. S. 4

sein, dass dem Mandant eine culpa zur Last fällt, das heisst: wenn der Mandatar mit Grund sagen kann: „hätte der Mandant nicht das und das culpos gethan, oder unterlassen, so hätte ich den Schaden nicht erlitten."

Es ist natürlich auch möglich, dass der Schaden in einer anderen Weise als wegen der culpa des Mandanten sich auf das Mandat als seine thatsächliche Veranlassung zurückführen lässt, zum Beispiel, weil der Schaden veranlasst ist durch den Inhalt des Mandates.

Bei der Frage, ob der Mandant für Schaden, den der Mandatar erlitten hat, haften soll, ist daher immer zu untersuchen: generell, ob der Schaden durch den Mandanten thatsächlich veranlasst worden ist.

Der wesentlichste Fall aber, der diesen Zusammenhang herstellt, ist die culpa des Mandanten.[1])

Ist eine culpa nicht ersichtlich, so fragt es sich: ist der Schaden vielleicht anderweitig durch den Mandanten thatsächlich veranlasst worden. Somit ergiebt sich also:

1. der Mandant haftet immer, wenn der Schaden veranlasst ist durch seine culpa.

2. Er haftet ausserdem dann, wenn sich der Schaden anderweitig auf ihn als den thatsächlichen Veranlasser zurückführen lässt.

Nur so verstanden giebt die l. 61 § 5 D. 47, 2 einen guten Sinn. Africanus sagt ja ausdrücklich: der Auftraggeber muss „nihilo minus tamen" haften, auch wenn er nicht gewusst hat, dass der Sklave diebisch ist,[2]) das heisst also auch dann, wenn er nicht in culpa war. Aber, wohlverstanden, nur in dem Falle des Auftrages „ad emendum certum servum", also, wenn der Schaden durch den Inhalt des Mandates bedingt war.

[1]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. § 9.
[2]) Koppel, a. a. O. S. 18.

Africanus begründet diese Entscheidung ja auch so klar aus der Natur des Mandates: „justissime enim procuratorem allegare non fuisse se id damnum passurum, si id (das heisst: das mandatum ad emendum certum servum) non suscepisset“ und: „multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse.“

Man muss somit aus der Stelle des Africanus: „wenn der Schaden auf den Inhalt des Mandates zurückzuführen ist, haftet der Mandant, auch wenn er nicht in culpa ist“, notwendig den Schluss ziehen, der bereits oben als Prinzip aufgestellt wurde: der Mandant haftet immer, wenn er in culpa ist. So ist es eigentlich nicht zu verwundern, dass Afrikanus am Schlusse seiner Entscheidung nochmals auf die culpa zu sprechen kommt. Die herrschende Lehre, welche die Haftung des Mandanten durch seine culpa begrenzen will, legt nun hauptsächlich Gewicht auf diesen von der culpa handelnden Schlusssatz, und bezieht denselben, wie Hanau sehr richtig hervorhebt,[1]) auf den Fall des Nichtwissens, von welchem ja Africanus unmittelbar vorher gesprochen hat. Auf Hanaus Ansicht, welcher den Schlusssatz auf den Fall des Wissens bezieht,[2]) wird nachher zurückzukommen sein.

Auf den Fall des Nichtwissens beziehen den Schlusssatz des Africanus mit der culpa ausser den bereits genannten noch folgende Schriftsteller:

1. Jhering bemerkt, Africanus rechne dem Mandanten seine Unkenntnis schlechthin zur culpa an, ohne der individuellen Ermittelung derselben Raum zu gönnen.

Dies ist unrichtig.

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 44.

[2]) Ibidem.

Gewiss ist es richtig, wenn Jhering sagt: „Wo bleibt denn die individuelle culpa, wenn der Mandant alle denkbaren Erkundigungen über den Sklaven eingezogen hat, aber dennoch getäuscht ist? Nach African's „nam certe" haftet er trotzdem."

Unter „individueller culpa" versteht Jhering den gewöhnlichen culpa-Begriff, dem er die culpa in contrahendo gegenüberstellt. Letztere ist eigentlich gar keine culpa mehr.[1])

Später hat auch Jhering selbst[2]) seine Lehre von der culpa in contrahendo als zu eng subjektivisch aufgefasst erklärt.

Jhering[3]) nimmt also an, Africanus denke in l. 61 § 5 D. 47, 2 an eine culpa in contrahendo. Er motiviert diese Annahme, indem er sagt, schon darin liege eine Verschuldung, wenn jemand kontrahiere, ohne seiner Sache gewiss zu sein.

2. Einen ähnlichen Gedanken spricht Köppen aus, indem er sagt,[4]) der Mandant hafte, wiewohl er die diebische Natur des Sklaven nicht gekannt habe und nicht habe kennen können; der Mandant sei hier in culpa, nicht weil er nachlässig gewesen sei, sondern weil durch seinen Auftrag der Schaden entstanden sei. Gegen Köppen wendet Koppel[5]) mit Recht ein, was auch gegen die Anwendung der Jheringschen Theorie von der culpa in contrahendo auf diese Stelle spricht: Africanus hat sicherlich an diese culpa nicht gedacht. Dies geht deutlich aus den Worten hervor: „qui talem servum emi mandaverit"; es hätte dann lauten müssen: „qui certum servum".

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 18, Anm. 5; Hanau, a. a. O. S. 31 ff.

[2]) Jhering, Schuldmoment, a. a. O. N. 73.

[3]) Jhering, Jahrbücher, a. a. O. S. 36 ff.

[4]) Köppen, a. a. O. S. 385.

[5]) Koppel, a. a. O. S. 20.

3. Wenn nun Hasse[1]) bemerkt: der Mandant sei in culpa, weil er zum Kauf eines bestimmten Sklaven keinen Auftrag geben müsse, ohne gewiss zu wissen, dass dieser kein Dieb sei, so muss man gegen diese Interpretation folgendes geltend machen:

Africanus lässt denjenigen Mandanten, welcher Auftrag zum Ankauf eines bestimmten Sklaven gegeben hat, stets haften, selbst wenn er seiner Sache ganz sicher war, wenn nämlich der Sklave sich bisher treu und ehrlich gezeigt hatte.

4. Dernburg[2]) will die culpa des Mandanten in diesem Falle (der l. 61 § 5 D. 47, 2) darin sehen, dass er, falls er sich nicht vergewissert habe, dass der Sklave kein Dieb sei, dem Mandatar „von vornherein von seiner Nichtkenntnis Anzeige machen müsse.“ Dagegen ist geltend zu machen, dass der Mandant, nach Africanus, auch haften soll, wenn er dem Mandatar diese seine Unkenntnis mitgeteilt hat.

Die Worte des Africanus lassen hierüber keinen Zweifel.

Das Ergebnis ist somit, wenn man den Schlusssatz des Afrikanus auf den Fall des Nichtwissens bezieht, dass der letzte Teil der l. 61 § 5 D. cit. nur so verstanden werden kann, dass Africanus hervorheben will: in der Regel oder wenigstens sehr oft wird im Falle eines Auftrags zum Ankauf eines bestimmten Sklaven der Mandant schon allein deshalb haften müssen, weil er in culpa ist.

5. Dies ist auch wohl die Ansicht von Schirmer,[3]) dem durchaus beizustimmen ist, wenn er sagt: das Hineinziehen der culpa ist ein Versuch, die spezielle, eben abgegebene Entscheidung auch von einem ganz

---

[1]) Hasse, a. a. O. S. 402.
[2]) Dernburg, Pfandrecht, a. a. O. S. 163.
[3]) Schirmer, a. a. O. S. 80.

anderen Gesichtspunkt aus zu motivieren, Mit diesem Satze stützt, nach Schirmer, Africanus seine Entscheidung, zu der er, von ganz anderen Prämissen aus, gekommen war.

6. Derselben Ansicht ist auch Mommsen.[1]) Er sagt nämlich: was Africanus veranlasst hat, die culpa hereinzuziehen, ist der Wunsch, den aufgestellten und richtig begründeten Satz noch gegen einen möglichen Einwand zu sichern.

Wenn Mommsen dann weiter ausführt, dass Africanus die Haftung des Mandanten nicht auf eigentliche culpa hat beschränken wollen, und dass nicht zu bezweifeln ist, dass der Mandant ohne Rücksicht auf die Entschuldbarkeit seiner Unkenntnis nach Africanus haften soll, so ist dem nur durchaus beizustimmen. Ohne Zweifel soll und muss der Mandant haften, auch wenn er nicht in culpa ist, wenn der Schaden durch das Mandat, bezw. den Mandanten veranlasst worden ist.

Ein neuer Versuch der Rechtfertigung des Hereinziehens der culpa durch Africanus ist von Hanau[2]) gemacht worden.

Während nämlich alle Schriftsteller „den ganzen Passus von ‚et sicut . . . . . ‘ an noch auf den zweiten Fall beziehen, wo der Mandant nicht um die diebische Natur des Sklaven wusste“,[3]) glaubt Hanau, „dass dieser ganze Passus sich gar nicht mehr auf diesen Fall bezieht, sondern schon wieder auf den ersten Fall, wo der Mandant um die diebische Natur des Sklaven weiss, auf den Fall des Wissens, von dem Africanus am Eingange der Stelle gesprochen hat.“

---

[1]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. S. 14.
[2]) Hanau, a. a. O. S. 46 ff.
[3]) Hanau, a. a. O. S. 46.

Hanau hat sehr viel Material zu Gunsten dieser seiner Interpretation beigebracht, und man muss zugeben, dass man aller Schwierigkeiten durch dieselbe enthoben ist.

Gegen diese Auffassung ergeben sich indes gewisse Bedenken.

1. Entscheidend sind für die Frage, ob der Fall des Wissens oder der Fall des Nichtwissens gemeint ist, die Worte: „nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit."

Logisch kann sich aber das „talis" unzweifelhaft nur beziehen auf eine Eigenschaft des servus.

Wenn nun aber Hanau den angeführten Satz von dem Falle, wo der Mandant um die diebische Natur des Sklaven weiss, verstanden wissen will, so legt er damit einem Juristen, wie Africanus, einen logischen Denkfehler zur Last, denn das wissentliche Auftragserteilen zum Ankauf eines diebischen Sklaven ist sicherlich nicht eine Eigenschaft des Sklaven, was aber Hanau ausdrücklich behauptet, indem er sagt: „denn sicher ist der Mandant in culpa, wenn er den Auftrag zur Anschaffung eines talis servus, **das heisst** eines Sklaven, von dem er weiss, dass er diebisch ist, giebt."[1])

Durch diese Ansicht von Hanau wird zwischen das „qui talem servum emi sibi mandaverit" ein „sciens" hineininterpretiert, welches durch den Zusammenhang nicht gerechtfertigt erscheint, denn der Satz: „nam certe mandantis culpam esse . . . . ." kann sich wegen des „nam" nur auf dasjenige beziehen, wovon zuletzt die Rede war, und das ist der Fall des Nichtwissens.

2. Aber noch aus einem anderen Grunde erscheint die Auffassung von Hanau bedenklich.

Wer nämlich wissentlich den Auftrag zum An-

[1]) Hanau, a. a. O. S. 46.

kauf eines diebischen Sklaven giebt, und es unterlässt, zu warnen, ist offenbar **in dolo**, mindestens aber **in culpa lata**.

Das einzuschiebende „sciens“ in diesem Satze wäre mit dem Begriffe „culpa“ eine contradictio in adiecto, nämlich, wenn culpa in dem gewöhnlichen Sinne verstanden wird.

Dies fühlt Hanau und deshalb stellt er hier „culpa“ der „culpa lata“ gleich.[1])

Da nun aber der gewöhnliche Sprachgebrauch des Corpus iuris unter „culpa“ den gewöhnlichen Begriff, das heisst, den Mangel der „diligentia diligentis patris familias“ versteht, was auch Hanau an anderer Stelle anerkennt,[2]) so ist es doch bedenklich, die „culpa“, von welcher hier die Rede ist, um ein hineininterpretiertes „sciens“ zu rechtfertigen, als „culpa lata“ zu verstehen.

Hätte Africanus das sagen wollen, was Hanau meint, so hätte er in seiner Entscheidung ungefähr das Gegenteil von dem gesagt, was er sagen wollte!

Er sagt: „qui talem servum emi sibi mandaverit“, vergisst aber das „sciens“; er sagt „culpa“, meint aber „culpa lata.“

Derartige Ungenauigkeiten kann man von einem so feinen und klaren Kopfe wie Africanus doch nicht voraussetzen!

Die geltend gemachten Bedenken gegen die Auffassung von Hanau schwinden aber aus einem Grunde, an den Hanau selbst nicht gedacht hat.

Die fraglichen Worte rühren nämlich von **Africanus** offenbar gar nicht her, sondern sind interpoliert.

Bei einer Interpolation kann man aber schon annehmen, dass ein „sciens“ vergessen und „culpa“ gleich „culpa lata“ gebraucht worden sei.

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 49 ff.

[2]) Hanau, a. a. O. S. 15.

Für eine Interpolation sprechen schon stilistische Bedenken, zu welchen der Schluss des l. 61 § 5 D. cit. Anlass giebt: „nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit et similiter eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret".

Lässt man die gesperrten Worte weg, so kommt jedenfalls ein schöner, klarer Satz heraus: „nam certe culpam esse eius, qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret."

Merkwürdig ist es doch, dass Africanus ebenso wie vom Deponenten so von Mandanten gesagt haben soll, seine culpa bestände darin, dass er beim Deponieren nicht die gehörige Sorgfalt angewendet habe!

Man berücksichtige ferner den Übergang: „idque evidentius in causa depositi apparere". Die Fassung dieser Worte spricht dafür, dass nun zu etwas Neuem übergegangen werden soll. Es ist aber in der That zu etwas Neuem übergegangen, wenn man aus dem Satze die oben bezeichneten Worte weglässt. Im Anfang der l. 61 § 5 D. cit. spricht Africanus vom Mandat und geht nachher zum Depositum über.

Aber noch ein Drittes ist merkwürdig: es ist das ganz überflüssige und beinahe sinnlose „sibi" in „qui talem servum emi sibi mandaverit." Im Anfang der l. 61 § 5 D. cit. steht sehr richtig bloss: „qui certum servum emi mandaverit." Was soll das sibi? Der Entscheid soll doch jedenfalls nicht bloss dann gelten, wenn der Mandant den Auftrag gab, „sibi" zu kaufen, sondern auch, wenn „alieno", oder „sibi et alieno", oder „sibi et tibi" etc. Aus allen diesen Gründen scheinen die unterstrichenen Worte des fraglichen Satzes interpoliert, mit anderen Worten, der Fall des Mandates, von dem in Anfang der Stelle die Rede war, in den Schluss

derselben durch Tribonian noch einmal hineingeflickt worden zu sein.

Nimmt man aber eine Interpolation an, so kann man Hanau unbedenklich folgen, dass der Schlusssatz sich auf den Fall des Wissens beziehe. An diesen Fall dachten offenbar die Compilatoren, als sie die Worte „mandantis“ und „qui talem servum emi sibi mandaverit“ einschoben.

Übrigens ist bereits von Dernburg[1]) angedeutet worden, der ganze Schluss der l. 61 § 5 D. 47, 2 verdanke seine Aufnahme vielleicht nur den Juristen Justinians.

Die Theorie, welche die Haftung des Mandanten mit seiner culpa begrenzen will, ist auch auf l. 26 § 7 D. 17, 1 gestützt worden. Wer aber meint, Paulus spreche, wie Africanus, von dem Auftrage „ad emendum certum servum“, hat nur zwei Möglichkeiten. Entweder es muss die Stelle des Paulus zu Gunsten derjenigen des Africanus verworfen werden, und dies ist ja, wie bereits erwähnt, die seit Glück herrschende Meinung; wer die lex 26 § 7 D. h. t. verwirft, kann sich aber nicht für einen andern Gesichtspunkt darauf berufen. Oder man muss, wie Hanau, annehmen, auch Paulus lasse den Mandanten für vollen Schaden haften. Dann könnte man sich für einen andern Gesichtspunkt allerdings auf die lex des Paulus berufen; aber dass Hanau in der Interpretation des Paulus-Fragmentes nicht gefolgt werden kann, wurde gezeigt. Übrigens benutzt Hanau seine Interpretation gar nicht zur Rechtfertigung der herrschenden Lehre, sondern er kommt zu unzweifelhaft im wesentlichen richtigen Resultaten.

Wenn man aber Bachovius, Lauterbach und Voet folgend, was man, wie in § 8 gezeigt wurde, sehr wohl thun kann, annimmt, Paulus spreche von einem

---

[1]) Dernburg (Pfandrecht) a. a. O. S. 163.

„mandantum indefinitum“, so kann man aus dieser Stelle des Paulus nur schliessen, dass die Haftung des Mandanten im Falle des „mandatum indefinitum“ durch die culpa begrenzt werden solle. Man kann aber Paulus durchaus nicht so verstehen, dass er überhaupt und in allen Fällen die Haftung des Mandanten durch seine culpa begrenzen wolle.

Bliebe als Stütze für diese Lehre nur l. 61 § 5 D. 47, 2. Dass man aber aus dieser mit Recht den Grundsatz von der Begrenzung der Haftung nicht ableiten kann, ist oben gezeigt worden. Das endgiltige Ergebnis ist somit: dass die Lehre von der Begrenzung der Haftung des Mandanten durch culpa aufgegeben werden muss.[1])

Dass er immer haften muss, wenn er in culpa ist, daran kann jedoch kein Zweifel sein.

## § 15.

## Die Theorieen von Jhering und Mommsen.

Auch Jhering[2]) und Mommsen[3]) gehen von der Voraussetzung aus, dass zwischen den oft citierten Stellen des Africanus und Paulus — l. 61 § 5 D. 47, 2 und l. 26, § 7 D. 17, 1 — eine Antinomie bestehe. Sie verwerfen die lex des Paulus und kommen auf Grund der l. 61 § 5 D. cit. zu folgenden Resultaten.

Jhering sagt: es ist ein Gebot der Billigkeit, dass der Mandant, unabhängig von einer culpa auf seiner Seite, dem Mandatar den Schaden ersetzen muss, den dieser durch das aufgetragene Geschäft (nicht bloss bei Gelegenheit der Ausführung desselben) erlitten hat. Zum Belege citiert Jhering na-

[1]) Hanau, a. a. O. S. 63 ff.

[2]) Jhering, a. a. O. S. 37.

[3]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. § 9 und Beiträge, a. a. O. III, S. 369.

mentlich l. 61 § 5 D. 47, 2, ferner l. 17 pr. D. 15, 3,[1]) l. 8 § 8 D. 17, 1.

Hierher gehört auch noch l. 7 D. 29, 3 mit dem Prinzip: „sit iniquum damnosum cuique esse officium suum", ferner l. 67 D. 46, 1 und l. 15 D. 17, 1.

Mommsen[2]) führt nun aus:

„Weil der Mandant es ist, dessen Wille als das eigentlich Bestimmende bei Abschliessung des Vertrages erscheint, weil er es ist, der eben damit den Mandatar zu der, dem Auftrage entsprechenden, Thätigkeit veranlasst, muss der Mandant den Mandatar, wenn dieser infolge der Uebernahme des Mandates einen Schaden erleidet, diesen ersetzen. Was den Mandanten verpflichtet, ist nicht ein Verschulden von seiner Seite, sondern die Erteilung des Auftrages als solche, und es kommt daher auch nicht darauf an, ob der Schaden, welchen der Mandatar erlitten hat, seinen Grund in Umständen hat, welche bereits zur Zeit der Erteilung des Mandats vorhanden waren, oder in Umständen, welche erst später eingetreten sind."

Mit vollem Rechte weist dann Mommsen darauf hin, dass Africanus in l. 61 § 5 D. 47, 2 als Grund für die Verpflichtung des Mandanten zum Schadenersatz angiebt: „justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset." Es kommt somit, nach Mommsen, allein darauf an, dass der Schaden infolge des Mandates eingetreten ist.

---

[1]) Letztere Stelle wird oft, jedoch mit Unrecht, mit herangezogen, um eine weitergehende Haftung des Mandanten — für jeden, auch rein zufälligen Schaden, zu begründen. Mommsen — Erörterungen, a. a. O. S. 63, Note 6 — bezeichnet es als zweifelhaft, ob dies geschehen könne. Koppel — a. a. O S. 27 — macht dagegen mit Recht geltend, man käme dann zu unbilligen Konsequenzen. Auch diese Stelle scheint sich auf Schaden, der durch den Inhalt des vorzunehmenden Geschäftes begründet ist, zu beziehen.

[2]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. § 9.

„Demgemäss muss derjenige, der den Auftrag gegeben hat, einen bestimmten Sklaven zu kaufen, den Mandatar, falls dieser von dem infolge des Auftrages gekauften Sklaven bestohlen wird, schlechthin unter Ausschluss der noxae datio entschädigen, selbst wenn er nicht gewusst hat, dass der Sklave ein Dieb sei. Dies ist die Entscheidung, zu deren Begründung Africanus den erwähnten Grundsatz aufstellt."

Ueber l. 29 § 2 D. 17, 1, welche Jhering gleichfalls als Beleg für diese Theorie mit herangezogen hatte, sagt Mommsen durchaus mit Recht, dass diese lex nicht hierher gehört. Hier liegt ein Fall wirklicher culpa vor.

Mommsen zieht nun aus dem Wortlaut der l. 61 § 5 D. 47, 2, namentlich aus dem „etiamsi ignoraverit furem esse" den sehr richtigen Schluss, dass die Ersatzpflicht in der citierten Stelle nicht durch culpa, geschweige denn gar dolus des Mandanten bedingt ist, dass man also die Haftung des Mandanten nicht auf den Fall der culpa beschränken darf.

Konnte bisher die Ansicht von Mommsen durchaus gebilligt werden, so lässt sich hinsichtlich der weiter folgenden Ausführungen Mommsens nicht leugnen, dass sie zwar dem Gedanken nach richtig sind, aber nicht klar genug ausgedrückt, oder wenigstens nicht streng logisch gruppiert sind.

Mommsen sagt ganz richtig: „Es wird darauf ankommen, was die Veranlassung zum Schaden gewesen ist. Der Schaden kann darin seinen Grund gehabt haben, dass das Mandat diesen bestimmten Inhalt gehabt hat, oder darin, dass der Mandatar das Mandat auf diese und nicht, wie er das auch hätte können, auf eine andere Weise ausgeführt hat. Den ersteren Schaden muss der Mandant ersetzen, ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine culpa nachgewiesen werden kann." Er führt aber weiter aus: „dagegen wird er einen Schaden der zweiten Art" (also

der eine Folge der Ausführung des Mandates ist) „nicht immer und unbedingt zu ersetzen haben, sondern nur dann, wenn ihm in irgend einer Weise eine culpa zur Last fällt, wenn er die Gefahr wenigstens einigermassen hat vorhersehen können."

Zur besseren Verdeutlichung sei hier die Gliederung Mommsens in ein Schema gebracht:

I. Der Schaden ist eine Folge des Inhalts des Mandats

a. durch culpa des Mandanten,

b. durch etwas Anderes als dessen culpa.

II. Der Schaden ist eine Folge der Ausführung des Mandats.

a. Er ist veranlasst durch culpa des Mandanten,

b. durch etwas Anderes, als dessen culpa.

Es erscheint nun als ein logischer Widerspruch, von einem Schaden zu sprechen, der eine Folge der Ausführung des Mandates und doch eine Folge der culpa des Mandanten ist. Ist er eine Folge der culpa des Mandanten, so ist er nicht eine Folge der Ausführung des Mandates, und umgekehrt.

Man kommt nur zur Klarheit, wenn man zwischen Schaden, der irgendwie eine Folge des Mandates ist, und Schaden, der nicht eine Folge des Mandates ist, unterscheidet. Das Mandat muss man in seiner Beziehung zum Mandanten betrachten. Mommsen weist ja selbst auf den Willen des Mandanten hin. Unter die erstere der eben genannten beiden Abteilungen gehören auch die Fälle, dass der Schaden veranlasst ist durch die culpa des Mandanten oder durch den Inhalt des Mandates.

Mit Recht hat Hanau ausführlich dargethan, dass der Gegensatz von Mommsen zwischen Folge des Inhalts des Auftrages und Folge der Ausführung desselben kein logischer Gegensatz ist und dass „nicht

alle Fälle in diese beiden Gruppen untergebracht werden können.“[1])

Das richtige Schema würde daher folgendermassen aussehen:

I. Der Schaden ist eine Folge des Mandats
   a. durch culpa des Mandanten,
   b. aus irgend welchen anderen Gründen, z. B. durch den Inhalt des Mandates.

II. Der Schaden ist nicht Folge des Mandats.
   a. Er ist zurückzuführen auf den Mandatar,
   b. er ist rein zufällig.

Den Konsequenzen, die Mommsen für die Haftung des Mandanten im Falle des Africanus zieht, ist durchaus beizustimmen: „es muss der Mandant, wenn er den Auftrag erteilt hat, einen bestimmten Sklaven zu kaufen, den Schaden ersetzen, den der Sklave durch Begehung eines Diebstahls dem Mandanten[2]) zugefügt hat; er kann sich, auch wenn er mit der schlechten Eigenschaft des Sklaven unbekannt gewesen ist, nicht durch noxae datio befreien. Hier ist der Schaden lediglich eine Folge davon, dass das Mandat diesen bestimmten Inhalt gehabt hat. Wenn dagegen der Auftrag nur ganz allgemein auf Ankauf eines Sklaven gerichtet war und nun der Mandatar den Sklaven Stichus gekauft hat, von dem er demnächst bestohlen ist, so kann man den aufgestellten Grundsätzen gemäss den Mandanten nicht für schlechthin ersatzpflichtig halten. Freilich wäre der Schaden für den Mandatar auch in diesem Falle nicht eingetreten, wenn er nicht den Auftrag erhalten und angenommen hätte. Der Schaden ist aber hier nicht lediglich eine Folge davon, dass das Mandat den und den Inhalt gehabt hat, sondern davon, dass der Mandatar das Mandat durch den Ankauf dieses Sklaven,

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 37 ff.

[2]) Es soll offenbar heissen: Mandatar.

und nicht, wie er das hätte können, durch den Ankauf eines anderen Sklaven ausgeführt hat. Der Mandant wird sich in diesem Fall im allgemeinen durch noxae datio des für ihn angekauften Sklaven von der Verpflichtung zum Schadenersatz befreien können. Anders selbstverständlich, wenn dem Mandanten eine culpa zur Last fällt, wie namentlich, wenn er bei Zeiten erfahren hat, dass der Mandatar sein Augenmerk auf diesen Sklaven gerichtet und doch trotz seiner Kenntnis von der betreffenden Eigenschaft dieses Sklaven nichts gethan hat, um den Ankauf desselben zu hindern, oder wenigstens den Mandatar zu warnen."

Dieses Beispiel ist gewiss richtig. Voet suchte etwas Ähnliches aus l. 26 § 7 D. 17, 1 herauszulesen. Dass man dies jedoch nicht füglich aus dieser Stelle herauslesen kann, wurde in § 6 ausführlich erörtert.

Mommsen fährt fort: „Dass dies auch die Meinung des Africanus ist, dürfte daraus hervorgehen, dass er in der l. 61 § 5 D. de furtis (47, 2) sehr bestimmt als Voraussetzung der Ersatzpflicht des Mandanten hervorhebt, dass der Auftrag auf Ankauf eines bestimmten Sklaven gerichtet gewesen sei („qui certum hominem emi mandaverit"; „qui talem servum emi sibi mandaverit")."

Wenn Mommsen seine Ansicht auf das „qui certum hominem emi mandaverit" stützt, so ist dies durchaus zu billigen. Nicht aber, wenn er es stützt auf das „qui talem servum emi sibi mandaverit", denn das „talem" bedeutet „einen diebischen Sklaven", es kann unmöglich bedeuten „certum".

Hanau, der, wie bereits gezeigt, die Unzulänglichkeit der Einteilung von Mommsen erkannt hat, kommt zu einem etwas abweichenden Ergebnis, welches er kurz zusammenfasst in den Worten: „Die Unterscheidung, die Paulus macht, ist nicht, wie Mommsen unabhängig von dieser Stelle meint, zwischen

Inhalt des Mandats und so oder anders möglicher Ausführung desselben, sondern zwischen Inhalt und Nichtinhalt.“[1])

Nach Hanau würde somit das dem obigen analoge Schema sich wie folgt gestalten:

I. Der Schaden ist eine Folge des Inhaltes des Mandates,

a. durch culpa des Mandanten,

b. durch etwas Anderes als dessen culpa.

II. Der Schaden ist nicht eine Folge des Inhaltes des Mandates,

a. er ist veranlasst durch culpa des Mandatars,

b. durch etwas Anderes, als dessen culpa.

Abgesehen davon nun, dass, wie bereits oben gezeigt, die von Hanau gegebene Interpretation des Paulus-Fragmentes nicht gebilligt werden kann, so müsste die angeführte Einteilung zu, offenbar von Hanau selbst nicht gewollten, Konsequenzen führen.

Es ist nämlich ein Schaden denkbar, der zwar durch culpa des Mandanten entstanden, aber nicht eine Folge des Inhaltes des Mandates ist.

Dies hat auch Mommsen nicht scharf genug hervorgehoben.

So kann der Schaden veranlasst sein durch ein Verhalten des Mandanten, welches erst eintrat längst nachdem der Auftrag erteilt war.

Man wird in diesem Falle nicht sagen können, der Schaden sei eine Folge des Inhaltes des Mandates und doch muss der Mandant für solchen Schaden haften.

Er muss haften, weil er einen solchen Schaden veranlasst hat.

Veranlassung, das ist das Schlagwort.

Der Mandant hat den Schaden veranlasst, darum muss er ihn ersetzen.

---

[1]) Hanau, a. a. O. S. 59.

So ergiebt sich ein etwas anderes, als das von Hanau aufgestellte Schema, nämlich:

I. der Schaden ist veranlasst durch den Mandanten,

a. durch culpa desselben,

b. durch etwas Anderes als dessen culpa.

II. Er ist nicht veranlasst durch den Mandanten.

a. Er ist veranlasst durch culpa des Mandatars,

b. durch etwas Anderes als dessen culpa.

Das Hauptergebnis der vorstehenden Untersuchung ist somit, dass es unrichtig ist, die Haftung des Mandanten auf seine culpa zu beschränken.

Es kommt vielmehr darauf an, ob der Mandant den Schaden veranlasst hat oder nicht.

Im ersteren Falle muss der Mandant den Schaden ersetzen.

Man kann auch sagen: der Mandant muss den Schaden ersetzen, der durch das Mandat veranlasst ist.

Unter Mandat darf dann aber nicht bloss der zu stande gekommene Auftragsvertrag, sondern es muss darunter auch die einseitige Auftragserteilung als solche verstanden werden.

Dies hat auch Mommsen bereits angedeutet.[1])

Es darf endlich nicht unterlassen werden, anzuführen, dass auch Dernburg und Windscheid ähnliche Ansichten zu vertreten scheinen.

Dernburg[2]) unterscheidet nämlich in Bezug auf die Haftung des Mandanten zwischen Generalmandat und Spezialmandat und sagt dann: beim Generalmandat habe der Mandant nur zu haften, wenn er Gelegenheit zur Warnung hatte. Hiervon spreche Africanus aber gar nicht, sondern vom Kauf im Falle

[1]) cf. oben.

[2]) Dernburg, Pfandrecht, a. a. O. S. 162.

Spezialmandates. Bei letzterem entscheide Africanus, dass der Mandant auch dann haften solle, wenn er den diebischen Charakter des Sklaven, dessen Ankauf er befahl, nicht kannte.

Um Dernburg richtig zu verstehen, darf man nicht übersehen, dass er hier die Worte „Generalmandat" und „Spezialmandat" offenbar nicht in dem üblichen Sinne von „Besorgung aller Angelegenheiten" und „Besorgung eines einzelnen Geschäftes" versteht, sondern in dem Sinne von „generelles Mandat" (Ankauf eines beliebigen Sklaven) und „spezielles Mandat" (Ankauf eines bestimmten Sklaven).

Dies hat sowohl Koppel [1]) wie Hanau[2]) nicht richtig erkannt.

Gewiss ist die Ansicht von Koppel und Hanau richtig, dass die gleichen Regeln für den Auftrag an „Besorgung aller Angelegenheiten des Auftraggebers", als für den Auftrag auf „Besorgung eines einzelnen Geschäftes" gelten.

Dies wollte aber Dernburg offenbar gar nicht leugnen.

Versteht man Dernburg, wie oben angegeben, so spricht er aber denselben Grundgedanken aus, wie Mommsen, Koppel und Hanau.

Ähnlicher Ansicht, wie Mommsen, scheint auch Windscheid zu sein.[3])

Windscheid sagt nämlich: „Den Schaden, welchen der Beauftragte bloss bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages erleidet, bekommt er nur dann ersetzt, wenn dabei den Auftraggeber ein Vorwurf trifft."

Aus den Worten Windscheids: „bloss bei Gelegenheit" lässt sich schliessen, dass er den Mandanten für Schaden, der mit dem Mandate in irgend einem kau-

---

[1]) A. a. O. S. 25, Anm. 2.
[2]) Hanau, a. a. O. S. 9.
[3]) Windscheid, a. a. O. § 410, S. 489.

salen Zusammenhange steht, haften lassen will, ohne Unterschied, ob der Mandant in culpa ist, oder nicht.[1])

Unzweideutig sind die Worte Windscheids jedenfalls nicht,[2]) was schon daraus hervorgeht, dass sie Stobbe[3]) im Sinne der herrschenden Lehre verstanden hat, und Hanau meint,[4]) dass Windscheid sich der Theorie von Jhering anschliesse.

## Anhang.

Man könnte glauben, dass Africanus in l. 31 D. 13, 7, seiner Entscheidung in l. 61 § 5 D. 47, 2, und damit sich selbst widersprochen habe.

L. 31 D. 13, 7 lautet nämlich: „si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere: quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit, pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus me habiturum esse pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse Julianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat."

Nun ist doch in l. 61 § 5 D. 47, 2 das Depositum mit hereingezogen und dem Mandat gleichgestellt.

Die l. 31 D. 13, 7 ist aber folgendermassen zu verstehen:

1) Ist ein Sklave verpfändet worden und hat den Gläubiger bestohlen, so genügt noxae datio.

2) Hat der Verpfänder gewusst, dass der Sklave ein Dieb ist, so hat der Gläubiger eine Klage auf vollen Schadenersatz.[5])

3) Dieser zweite Satz gilt auch, wenn man statt „Verpfänder" setzt „Deponent", und nach l. 61 § 5 D. 47, 2 auch, wenn man statt „Verpfänder" setzt

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 27.
[2]) Hanau, a. a. O. S. 16, Note 1.
[3]) Stobbe, Privatrecht, § 183, II, 2e.
[4]) Hanau, a. a. O. S. 38 f.
[5]) Hanau, a. a. O. S. 60.

„Mandant", mit anderen Worten: der Gläubiger hat Anspruch auf vollen Schadenersatz, wenn Verpfänder, Deponent oder Mandant gewusst haben, dass der Sklave diebischer Natur ist.

Es liegt also zwischen l. 31 D. 13, 7 und l. 61 § 5 D. 47, 2 gar kein Widerspruch vor, wie auch Mommsen[1]) bemerkt hat, indem er annimmt, die Gleichstellung des Verpfänders und des Deponenten beziehe sich nur auf den unmittelbar vorherstehenden Satz.

Dieselbe Ansicht hinsichtlich der l. 31 D. 13, 7 hat Hanau ausführlich entwickelt.[2])

## § 16.
## Ergebnis.

In Kapitel II und III wurde die l. 26 § 6 und 7 D. 17, 1 mit l. 61 § 5 D. 47, 2 zu vereinigen versucht.

Es wurde dann, in Kapitel IV, da die in diesem Kapitel besprochen Juristen die l. 26 § 7 D. 17, 1 verwarfen, allein l. 61 § 5 D. 47, 2 besprochen. Die Ansichten der Juristen hierüber mussten teils verworfen werden, teils ergaben sie sich als richtig.

Das gewonnene Ergebnis ist folgendes: Es muss unterschieden werden, ob der Schaden durch den Mandanten thatsächlich veranlasst ist, oder nicht.

Ist der Schaden durch den Mandanten in keinerlei Weise veranlasst, so haftet der Mandant nicht. Dies ist namentlich der Fall:

1. wenn der Schaden eine Folge einer culpa des Mandatars ist (§ 17);

2. wenn der Schaden eine Folge einer Überschreitung des Auftrages seitens des Mandatars ist, oder, wenn er entstanden ist, weil dieser einen Dritten den Auftrag ausführen liess (§ 18);

---

[1]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. S. 70.

[2]) A. a. O. S. 61 ff.

3. wenn der Schaden eine Folge der, dem Mandatar freigestellten, Art der Ausführung ist (§ 19);

4. wenn der Schaden ein rein zufälliger ist (§ 20).

Der Mandant haftet dagegen, wenn der Schaden durch ihn veranlasst worden ist. Also namentlich:

1. wenn der Mandant in culpa ist (§ 21);

2. wenn der Schaden eine Folge des Inhaltes des Mandats ist (§ 22);

3. wenn der Schaden eine Folge der Übermittelung des Mandats ist (§ 23).

## Kapitel V.

## Der Schaden ist durch den Mandanten nicht veranlasst.

### § 17.
### Der Mandatar ist in culpa.

Vor allem ist zu bemerken, dass alle Ansprüche des Mandatars gegen den Mandanten auf Ersatz von Schaden dadurch abgeschnitten werden, dass der Mandatar vertragsmässig auf solchen Schadenersatz verzichtet hat. Dies ist selbstverständlich.[1])

Aber auch dann verliert der Mandatar den Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Schaden entstanden ist durch eine culpa seinerseits. „Derjenige, der Schaden durch sein Verschulden verursacht, muss denselben tragen.“[2])

Dies ergiebt sich zunächst aus allgemeinen Prinzipien. L. 203 D. 50, 17 sagt ausdrücklich: „quod

[1]) Hanau, a. a. O. S. 77.

[2]) Unger, a. a. O. S 4.

quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire". Für das Mandat ist dieser Grundsatz ausdrücklich ausgesprochen in l. 67 D. 46, 1 — „Exceptione, quae tibi prodesse debebat, usus iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius est, scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti" —; ferner in l. 61 § 7 D. 47, 2 — „Haec ita puto vera esse, si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat" —; und in l. 26 § 7 D. 17, 1: „si tamen sine culpa tua id acciderit."

Es muss hier nochmals darauf hingewiesen werden, wie wenig gerechtfertigt es erscheint, diese l. 26 § 7 D. 17, 1 zu Gunsten der l. 61 § 5 D. 47, 2 zu verwerfen und sich für die culpa des Mandatars doch darauf zu berufen.[1])

Wie ist nun in dem Falle des „mandatum ad emendum certum servum" eine culpa des Mandatars zu denken?

Schon die Basiliken[2]) geben dazu folgende Erläuterung: der Mandatar verleitet selbst den Sklaven zum Diebstahl und giebt ihm dazu Veranlassung, ihn selbst zu bestehlen.

Zu diesem sehr passenden Beispiel bemerkt Glück:[3]) dass dieses Beispiel ganz dem Ausdruck angemessen ist, mit dem die Griechen „culpa" übersetzen, nämlich „*κακία*", dieses aber bedeute: „Arglist, Bosheit."

Bachovius[4]) versteht unter dem Worte „culpa" hier eine „culpa gravior, per quam occassionem furandi mandatarius servo praebuerit". Indes scheint kein

---

[1]) Dies thut zum Beispiel Glück, a. a. O. § 956 (cfr. auch Schirmer, a. a. O. S. 78 und S. 77 dieser Arbeit).

[2]) A. a. O. Tom. II, pag. 108, Nr. 14.

[3]) Glück, a. a. O. § 956.

[4]) Bachovius, a. a. O. Bd. I. Disp. 27, Thes. 7, Litt. E. u. F., S. 1025.

Grund vorzuliegen, hier nur an culpa lata, oder dolus zu denken.

Marckart, den Glück[1]) citiert — das Original war leider nicht zu beschaffen — giebt für die culpa des Mandatars beim Sklavenkauf das sehr treffende Beispiel, dass der Mandatar, trotz Warnung des Mandanten, der Sklave sei diebisch, sich nicht gehörig in acht genommen hat, und dadurch bestohlen worden ist.

Als eine culpa des Mandatars muss man es auch ansehen, wenn er zur Erfüllung des Auftrages durch eine, als räuberisch verrufene, Gegend reisen muss, der Mandant ihn warnt, und er nun trotzdem alle Vorsichtsmassregeln unterlässt, nicht für genügende Bewaffnung sorgt, ohne Bedeckung oder bei Nacht reist etc.

Überhaupt liegt eine culpa des Mandatars dann vor, wenn er den Schaden durch diligentia diligentis patris familias hätte abwenden können.[2])

Eine Frage muss aber hier wenigstens berührt werden, da es sich bei den, für diese Lehre wichtigsten, Stellen immer um das Schulbeispiel des stehlenden Sklaven handelt: es ist die Frage, ob nicht ein Diebstahl ohne culpa des Bestohlenen überhaupt unmöglich ist. Letztere Ansicht ist zuerst von Cujacius aufgestellt worden, ihm folgt Anton Faber[3]) und dann namentlich Löhr.[4]) Sie ist indessen von Hasse[5]) auf das ausführlichste widerlegt worden und seitdem aufgegeben.[6])

---

[1]) Glück, a. a. O. § 956. (J. W. Marckart, Probabilia receptar. Lectionum iur. civ. 1737.. S. 172ff.)

[2]) Mommsen, Beiträge, a. a. O. S. 396.
Holzchuher, a. a. O. S. 251.
Schirmer, a. a. O. S. 78.
Hepp, a. a. O. S. 38ff.

[3]) Ant. Faber, a. a. O. Lib. III, Cap. V.

[4]) Löhr, Beiträge, a. a. O. S. 169ff.

[5]) Hasse, a a. O. S. 319ff.

[6]) Hanau, a. a. O. S. 43.

Es ist in der That gar nicht abzusehen, wie man dazu gekommen sein soll, bei jedem Diebstahl eine culpa des Bestohlenen vorauszusetzen. Wenn man noch heute trotz feuerfester Geldschränke und aller sonstigen Vorsicht bestohlen werden kann, wie viel eher erst in den Zeiten der alten Juristen, wo es keine Panzerkassen, keine Kunstschlösser, keine elektrische Warnungsklingeln gab. —

Als oberste Voraussetzung, unter welcher der Mandant für Schaden haftet, der dem Mandatar bei Ausführung des Auftrages erwächst, ergiebt sich somit der Satz: nur dann, wenn der Mandatar nicht in culpa, geschweige denn in dolo ist, kann von einer Haftung des Mandanten die Rede sein.

Ist der Schaden durch culpa des Mandatars entstanden, so schneidet dies seine Ersatzansprüche ab, selbst wenn die, im Kapitel VI näher zu erläuternden Voraussetzungen für die Haftung des Mandanten vorhanden sind.[1])

## § 18.
## Ueberschreitung und Substitution als Ursachen des Schadens.

Entsteht ein Schaden lediglich infolge des Umstandes, dass der Mandatar die Grenzen seines Auftrages überschritten hat, so braucht der Mandant nicht zu haften.[2]) Letzterer kann ja dann mit Recht geltend machen: der Mandatar hätte den Schaden nicht erlitten, wenn er sich innerhalb der Grenzen seines Auftrages gehalten hätte.

Ebenso[3]) steht es, wenn der Mandatar neben dem Auftrag noch ein anderes Geschäft vollführt und dadurch der Schaden entsteht.

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 13, 35 u. 36.

[2]) Koppel, a. a. O. S. 37.

[3]) „praeter mandatum"; Glück, a. a. O. S. 284; Holzschuher, a a. O. S. 544.

Handelte er im Interesse des Mandanten, so liegt negotiorum gestio vor, er hat also eventuell die actio negotiorum gestorum.[1]) Dieser Fall ist aber von dem Mandate ganz unabhängig.[2])

Wäre der Schaden auch eingetreten, wenn der Auftrag nicht überschritten worden wäre, so hat der Mandant trotz der Ueberschreitung zu haften,[3]) so namentlich, wenn der Schaden eine Folge des Inhaltes des Mandates ist (cf. § 22), oder eine Folge einer culpa des Mandanten (cf. § 21).

Der Mandatar hat aber Anspruch auf Schadenersatz nur dann, wenn er die Ueberschreitung, soweit es möglich ist, „wieder gut macht",[4]) vorausgesetzt, dass die Ueberschreitung dem Mandanten überhaupt Schaden zugefügt hatte.[5])

Hat die Ueberschreitung dem Mandanten Gewinn gebracht, so ist natürlich auch nichts „wieder gut zu machen". Den Gewinn, den der Mandatar durch Ueberschreitung macht, muss er dem Mandanten herausgeben.[6])

Noch der Fall ist denkbar, dass ein Schaden dadurch entstanden ist, dass der Mandatar das Mandat nicht selbst ausgeführt hat, sondern dies durch einen Dritten besorgen liess, letzterem also gewissermassen ein Aftermandat gab.

Hatte der Mandant sich ausdrücklich ausbedungen, dass sein Mandatar den Auftrag persönlich ausführen sollte, so ist er auch diesem gegenüber von aller Haftung für solchen Schaden befreit, der dem Dritten zustösst.

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 37.

[2]) Sintenis, a. a. O. § 113, Note 38.

[3]) Hanau, a. a. O. S. 77.

[4]) Puchta, a. a. O. § 324.

[5]) L. 3 § 2; l. 4; l. 41 D. 17,1; § 8 I. 3, 26.

[6]) L. 46 § 4 D. 3, 3; l. 10 § 3 und § 8 D. 17, 1; l. 20, pr. und l. 43 D. 17, 1.

War der Mandatar aber berechtigt, einen Dritten die Ausführung vornehmen zu lassen, so muss der Mandant nach denselben Prinzipien, wie für Schaden, der den Mandatar seinerseits bei Ausführung des Auftrages betraf, auch für denjenigen Schaden haften, der entstand durch die Ausführung seitens des Dritten, wenn der Schaden nur geradeso den Mandatar betroffen hätte, falls dieser selbst ausgeführt hätte. Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch seitens des Mandatars im Falle der Substitution ist aber immer, dass der Mandatar dem Aftermandatar haftet.

Und zu bemerken ist noch, dass nur der Mandatar gegen den Mandanten eine actio mandati contraria hat, nicht aber der Aftermandatar, dieser hat sie nur gegen seinen Mandanten, also den Mandatar.[1])

## § 19.
## Der Schaden ist eine Folge der, dem Mandatar freigestellten, Art der Ausführung.

Der Schaden, der dem Mandatar bei Ausführung des Auftrages erwächst, kann lediglich eine Folge der Ausführung sein. Hier ist aber der Unterschied wesentlich, ob dem Mandatar eine bestimmte Art der Ausführung vorgeschrieben war, oder ob ihm die Wahl der Ausführung freistand. Ersterer Fall wird in § 22 dieser Arbeit behandelt werden, denn er ist nur ein Spezialfall des allgemeinen: wenn der Schaden eine Folge des Inhaltes des Auftrages ist. Hier kommt in Betracht der zweite Fall, dass der Schaden entstand infolge der, dem Mandatar freigestellten, Art der Ausführung.

Für einen solchen Schaden wird der Mandatar von dem Mandanten Ersatz nicht verlangen können, da der Mandant mit Recht dem Mandatar entgegnen kann: „Du hättest ja den Schaden nicht erlitten, wenn

[1]) Hanau, a. a. O. S. 77.

Du den Auftrag nicht grade auf diese Art ausgeführt hättest; dass Du aber grade auf diese Art der Ausführung verfielst, während Dir die Ausführung freistand, das ist Dein Schade.“

Dieser Ansicht ist auch Koppel[1]), nur ist es unrichtig, wenn er sich dazu auf l. 26 § **6** D. 17, 1 beruft. In derselben ist davon gar nicht die Rede, ob der Schaden eine Folge der Ausführung ist oder nicht, ebensowenig, ob die Art der Ausführung dem Mandatar freistand oder nicht.

Wohl aber kann man sich auf l. 26 § **7** D. 17, 1 berufen, da hier, wie in § 8 erörtert wurde, von einem Auftrage zum Ankauf eines Sklaven die Rede ist, dessen Auswahl in das Belieben des Beauftragten gestellt ist.

Koppel konnte sich auf l. 26 § **7** D. cit. nicht berufen, da er die scheinbare Antinomie zwischen dieser lex und l. 61 § 5 D. 47, 2 nicht zu lösen wusste und deshalb l. 26 § 7 D. cit. hatte verwerfen müssen. Da er nun für den in diesem Paragraph aufgeführten Grundsatz eine Begründung nicht entbehren konnte, beruft er sich auf l. 26 § **6** D. cit.

Dass diese aber nur davon handelt, ob ein Schaden ein rein zufälliger ist oder nicht, springt in die Augen.

## § 20.

## Der Schaden ist ein rein zufälliger.

Dass der Mandant für rein zufälligen Schaden, der den Mandatar trifft, nicht zu haften braucht, ist bereits in § 11 dieser Arbeit ausführlich nachgewiesen worden.

---

[1]) Koppel, a. a. O. S. 29.

## Kapitel VII.

# Der Schaden ist durch den Mandanten veranlasst.

### § 21.

### Der Mandant ist in culpa.

Ebenso, wie der culpa des Mandatars eine erhöhte Wirksamkeit zuzuschreiben ist, indem sie allemal einen Ersatzanspruch des Mandatars gegen den Mandanten abschneidet, muss auch der culpa des Mandanten eine erhöhte Bedeutung beigelegt werden, indem eine culpa des Mandanten allemal einen Ersatzanspruch des Mandatars gegen den Mandanten begründet — denn, „derjenige, der Schaden durch sein Verschulden verursacht, muss denselben tragen“[1]) — selbstverständlich mit der einzigen Ausnahme, dass der Mandatar selbst durch eigene culpa den Schaden veranlasst hat.

Nach diesem Prinzip ist es somit ganz selbstverständlich, dass z. B. der Mandant haftet, wenn er den Mandatar wissentlich an gefährliche Orte schickte, und eine Warnung unterliess, obwohl er die Gefahr kannte.

Der Satz, dass der Mandant dem Mandatar für omnis culpa haftet, ist übrigens allgemein anerkannt.

Er ergiebt sich zunächst aus l. 26 § 7 D. 17, 1.

Da diese lex mit l. 61 § 5 D. 47, 2 zu vereinigen versucht wurde, so braucht dieselbe nicht, wie Mommsen und, ihm folgend, Koppel thun, zu Gunsten der letztgenannten verworfen zu werden, sondern es ergiebt sich der Vorteil, sich hier auf sie berufen zu können.

Nach den Erörterungen, die in § 14 gemacht wurden, ergiebt auch l. 61 § 5 D. 47, 2 diesen Satz.

[1]) Unger, a. a. O. S. 4

Wenn nämlich auch nachgewiesen wurde, dass aus dem Schlusse dieses Fragmentes nicht geschlossen werden dürfe, dass die Haftung des Mandanten durch seine culpa zu begrenzen sei, so folgt doch indirekt[1]) aus dem Anfang der lex, dass der Mandant omnis culpa zu prästieren hat.

Es folgt dies auch aus der Unentgeltlichkeit, diesem wesentlichen Merkmal des Mandates. Wer den Vorteil von dem Geschäfte hat, und dies ist beim Mandate vorwiegend der Mandant, muss für omnis culpa haften. Der Mandant muss auch für Schaden, der den Beauftragten infolge der Art und Weise seiner Ausführung trifft (cf. § 19), haften, wenn der Schaden gleichzeitig eine Folge der culpa des Mandanten ist.[2]) Dies bezeichnet Mommsen als selbstverständlich.[3])

Ebenso ist es im Falle der Überschreitung oder Substitution zu halten. (§ 18.)

## § 22.

## Der Schaden ist eine Folge des Inhaltes des Mandates.

Dass der Mandant einen Schaden ersetzen muss, der veranlasst ist durch den Inhalt des Mandates, ist das Ergebnis der Untersuchungen in Kapitel II und III gewesen.

Es erübrigt hier also, einige Beispiele für diesen Fall anzuführen.

I. Der Gutsbesitzer A. liest in der Zeitung, dass eine vorzügliche Köchin in der Stadt X. sofort eine Stelle sucht. Da er eine Köchin nötig hat, selbst aber nicht abkömmlich ist, bittet er seinen Freund B., der in X. wohnt, die Köchin zu engagieren. Er bittet

[1]) Koppel, a. a. O. S. 34.

[2]) Ebenda, S. 33.

[3]) Mommsen, Erörterungen, a. a. O. S. 63, Anm. 7,

ihn ferner, wenn er die Person engagiert habe, sie für ein paar Tage in sein (des B.) Haus aufzunehmen, ihn selbst aber sofort zu benachrichtigen, damit er das Reisegeld schicke, nach dessen Empfang die Köchin sogleich nach dem Gute abreisen könne.

Alles geschieht so. Während der paar Tage, die die Köchin im Hause des Mandatars verweilt, bestiehlt sie denselben ohne dessen culpa.

Der Mandant muss haften nach l. 61 § 5 D. 47, 2.

Der Schaden ist eine Folge des Inhaltes des Auftrages.

Der Mandant würde in sonst gleichem Falle nicht zu haften brauchen, wenn der Auftrag gelautet hätte: „suche mir eine gute Köchin."

In diesem Falle hätte die Auswahl dem Mandatar freigestanden.

II. A. bittet den B., ihm zu der heutigen Oper ein Theaterbillet zu besorgen, damit er aber recht früh an die Kasse komme, sich seiner (des B.) Equipage zu bedienen. Da es glatt ist, rutscht das Pferd der B'schen Equipage aus und bricht (ohne culpa des B.) ein Bein.

Der Mandant muss den Schaden ersetzen, denn die Art der Ausführung war von ihm vorgeschrieben.

Anders läge der Fall, wenn A. den B. bloss gebeten hatte, ihm ein Theaterbillet zu besorgen. Gesetzt, es passierte nun der Schaden mit dem Pferde, so würde der Mandant den Schaden nicht zu ersetzen brauchen, denn er kann mit Recht einwenden: „Warum musstest du auch bei der Glätte deine Equipage benutzen, konntest Du nicht grade so gut mit der Pferdebahn fahren". In diesem Falle stand die Art der Ausführung dem Mandatar frei.

III. A. bittet den B., sich von Rom nach Frascati zu begeben, um das und das Geschäft für ihn zu besorgen. Da die Gegend jetzt durch Räuber sehr unsicher ist, empfiehlt er dem B., sich gehörig zu

bewaffnen und zwei Carabinieri als Bedeckung mitzunehmen.

Trotz dieser angewandten Vorsichtsmassregeln wird B. durch Räuber in Übermacht angefallen und beraubt.

Der Mandant muss den Schaden ersetzen, denn der Schaden ist veranlasst durch den Inhalt des Mandates, da man von Rom nicht nach Frascati kann, ohne die unsichere Campagna zu passieren. Unterliess der Mandant die Warnung, so haftet er wegen culpa.

Wie aber, wenn der Mandatar die Reise nach Frascati bei Nacht machte oder eine grosse Summe Geldes unnützerweise in der Tasche hatte und derselben beraubt wurde? Läge die Sache so, so brauchte der Mandant nicht zu haften, denn es ist leichtsinnig, eine unsichere Gegend bei Nacht, oder mit sehr viel Geld in der Tasche zu durchreisen — vorausgesetzt, dass das Geld zur Ausführung des Mandats nicht nötig war —. Der Mandatar wäre dann in culpa.

Diese Beispiele liessen sich leicht vermehren. Die angeführten dürften jedoch genügen, um zu zeigen, dass man nach den aufgestellten Prinzipien am ehesten zu Konsequenzen kommt, die dem Billigkeitsgefühle entsprechen.

Auf alle Fälle wird aber dem billigen Ermessen des Richters ein grosser Spielraum zu lassen sein, zu beurteilen, worin die eigentliche Ursache des Schadens lag.

## § 23.

## Der Schaden ist eine Folge der Uebermittlung des Mandats.

Es handelt sich hier um den Fall, dass der Auftrag falsch übermittelt wird.

Ein solcher Fall passierte in den fünfziger Jahren. Es ist der berühmte Fall Weiller-Oppenheim. Das

Kölner Bankhaus hatte dem Frankfurter Geschäft telegraphisch den Auftrag gegeben, eine grosse Quantität bestimmter Effekten „zu kaufen.“ Die dem Frankfurter Haus übermittelte Depesche lautete „zu verkaufen.“ Da die Course sehr bewegte waren, entstand ein Schaden von circa 40 000 Thlr.

Es könnte nun zunächst zweifelhaft sein, ob hier überhaupt ein mandatum vorliegt, oder eine Dienstmiete, locatio conductio operis. Doch kommt hierauf nichts an, da es sich hier um das Mandat handelt.

Es sei also angenommen, dieser Fall sei ein Mandat, wozu übrigens auch Dernburg[1]) den Fall rechnet.

Hier war ein Auftragsvertrag unzweifelhaft[2]) nicht zu stande gekommen, da ein wesentlicher Irrtum[3]) vorlag.

Es liegt somit nur eine einseitige Auftragserteilung vor.

Der gewonnene Grundsatz lautete: Der Mandant muss haften, wenn der Schaden durch ihn thatsächlich veranlasst worden ist und sich der Mandatar nicht in culpa befindet.

Nach diesem Gesichtspunkte ist also das Kölner Haus für schadenersatzpflichtig zu erklären. Dies entspricht auch dem Rechtsgefühl[4]) und es ist ein starker Beweis für die Richtigkeit der in dieser Arbeit aufgestellten Prinzipien über die Haftung des Mandanten, dass sich dieser Fall ohne Schwierigkeit in das System einreihen lässt.

Auch Dernburg[5]) begründet die juristische Rechtfertigung der Haftung des Mandanten in dem Kölner

---

[1]) Dernburg, Pandect., a. a. O. Bd. II § 116, Anm. 15.

[2]) Ebenda.

[3]) Dernburg, Pandect., a. a. O. Bd. I § 101; Windscheid a. a O. Bd I § 77.

[4]) Dernburg, Pandect., a. a. O. § 116, Anm. 15.

[5]) Dernburg, Pandect., a. a. O. § 116, Anm. 15.

Fall aus den Eigentümlichkeiten des Mandates. Er führt nämlich aus, dass der Mandant die Thätigkeit des Mandatars für seine Zwecke in Bewegung setzt und zwar derart, dass er unmittelbare Ausführung verlangt. Dernburg zieht daraus den Schluss, dass die bona fides es erfordert, aus diesem Grunde den Mandanten für Schaden haften zu lassen, der durch die unrichtige Uebermittelung seines Auftrages entstand.

Das Landgericht zu Köln, welches am 28. Juli 1856 den Mandanten im obengenannten Prozess zur Zahlung verurteilte, stützte dieses Urteil auf eine culpa des Mandanten, die es darin sah, dass derselbe den unzuverlässigen Telegraphen benutzt und die möglichen Vorsichtsmassregeln unterlassen hatte. Das Landgericht machte also ganz einfach eine Konzession an die herrschende Lehre, welche die Haftung des Mandanten durch seine culpa begrenzen will.

Eine culpa wird man aber in dem Benutzen des Telegraphen und darin, dass der Auftrag auf sofortige Ausführung, ohne vorherige Rückerkundigung lautete, nicht erblicken können.[1])

Ausserdem scheint es unzweifelhaft, wenn man auch glaubt, in dem citierten Beispiel eine culpa des Mandanten annehmen zu können, dass der Mandant auch schadenersatzpflichtig ist, wenn ohne seine culpa ein Auftrag falsch übermittelt wurde.

Da in dieser Arbeit nur vom Mandat gehandelt werden soll, so genügt es, für das Mandat bei unrichtiger Uebermittlung des Auftrags die Haftung aus den für das Mandat aufgestellten Grundsätzen ableiten zu können, wie dies auch Bekker,[2]) Mommsen[3]) und Dernburg[4]) thun.

---

[1]) Windscheid, a a. O. Bd. II § 309, Anm. 6. Serafini, a. a. O. S. 137 ff.

[2]) Jahrb. des Gem. R., Bd. IV. S. 169 ff.

[3]) Mommsen, Erörterungen, Bd. II S. 125.

[4]) Dernburg, Pandect., Bd. II § 116, Anm. 15.

Auf die Frage, ob bei allen Verträgen der Urheber der Erklärung dem andern Teil auf Ersatz von solchem Schaden haften muss, der diesen andern Teil dadurch betroffen hat, dass der Wille unrichtig übermittelt wurde, der andere Teil aber seinerseits auf das Zustandekommen des Vertrages rechnete — wie dies Windscheid annimmt[1]) — braucht hier, da es sich bloss um das Mandat handelt, nicht näher eingegangen zu werden.

Jedenfalls erscheint es unbillig,[2]) für den Fall des Mandates die Haftung, für Schaden durch falsche Uebermittelung, auf die culpa des Mandanten beschränken zu wollen, wie dies viele Schriftsteller thun;[3]) ganz verkehrt ist es natürlich, die Haftung des Mandanten in solchen Fällen sogar auf dolus zu beschränken.[4]) Dies ist mit dem Prinzip der Unentgeltlichkeit des Mandates unverträglich.

Wenn auch Jhering[5]) die Verschuldung mit hineinzieht, so ist doch nicht zu verkennen, dass Jhering, von seinem bereits früher berührten Standpunkt der culpa in contrahendo ausgehend, die culpa „fast zur Veranlassung werden lässt.“[6])

Und Köppen[7]) sagt geradezu: „der Kontrahent hat den Schaden veranlasst und muss ihn also auch ersetzen.“

Dies ist also dieselbe Auffassung wie die in dieser Arbeit ausgesprochene, nur dass nach Köppen

---

[1]) Windscheid, a. a. O. § 309; cf. Fuchs, a. a. O. Bd. 43, S. 94 ff.; Sintenis, a. a. O. Bd. II § 96, Anm. 13.

[2]) Reuscher, a. a. O. Bd. 19 S. 289.

[3]) Busch, a. a. O. Bd. 45 S. 1 ff.; Serafini, a. a. O. S. 158; Mittermaier, a. a. O. Bd. 46 S. 21 ff.; Hauser, a. a. O. Bd. 12, S. 61 ff.; Hasenöhrl, a a. O. Bd. I § 48, Anm. 28.

[4]) Dies thut Burchardi, a. a. O. S. 35 ff.

[5]) Jhering, Jahrb. für Dogm., Bd. IV S. 83.

[6]) Windscheid, a. a. O. Bd. II § 309, Anm. 6.

[7]) Köppen, Jahrb. für Dogm., Bd. XI S. 384 ff.

dies nicht nur für das Mandat, sondern für alle Verträge gelten soll.

Wenn diesem Grundsatze nun auch jedenfalls für das Mandat vollständig beizustimmen ist, so ist nicht einzusehen, weshalb man der herrschenden Lehre, welche die Haftung des Mandanten durch seine culpa begrenzen will, die Konzession machen soll, das alleinige Veranlassen des Schadens eine culpa zu nennen.

Wenn nun aber Windscheid[1]) sagt, der Erklärende hafte nicht, wenn die, mit der Uebermittelung seiner Erklärung beauftragte Mittelsperson die Erklärung wissentlich falsch übermittelte, so ist dem nicht beizustimmen. Jedenfalls nicht, wenn es sich um ein Mandat handelt.

Dem Mandanten stand die Auswahl der Mittelsperson frei, und wenn er eine solche Person wählt, die wissentlich seinen Auftrag falsch ausrichtet, so ist eben der Schaden durch den Mandanten veranlasst. Der Mandant muss also haften.[2])

Letzteres erkennen auch verschiedene Quellen-Stellen[3]) an.

Wenn nun andrerseits Windscheid[4]) den Satz aufstellt, dass der Erklärende nicht haftet, wenn die unrichtige Mitteilung seiner Erklärung eine Folge von Umständen ist, die ausser aller Berechnung liegen, so ist dem durchaus beizustimmen.

Auch das von Windscheid hier angeführte Beispiel, wenn der Bote „in Geistesstörung verfiele und unter dem Einfluss derselben die ihm aufgegebene Erklärung entstellte", ist ausserordentlich passend. Einen solchen Schaden muss man als einen rein zufälligen ansehen,

---

[1]) Windscheid, Bd. II § 309.
[2]) Köppen, a. a. O. S. 386 ff.
[3]) l. 11 § 4 i. f. D. 14, 3; l. 5 § 6 D. 44, 7; l. 7 pr. D. 4, 9.
[4]) Windscheid, a. a. O. § 307, Anm. 8.

für den nach § 20 der Mandatar eine Entschädigung nicht beanspruchen kann.

Noch ein Fall ist hier, wo von der Uebermittelung des Mandates gesprochen wird, am besten zu behandeln.

Es ist der Fall, dass der Auftrag widerrufen wurde, der Beauftragte aber, ehe er von dem Widerrufe Kenntnis erhält, den Auftrag ausführt und dadurch nun Schaden erleidet.

Auch dieser Fall ordnet sich dem gewonnenen System einfach ein: ein derartiger Schaden ist ein solcher, der durch den Mandanten veranlasst ist.

Dass der Mandant im Falle des Widerrufes haften muss, ist übrigens in mehreren Stellen des corpus iuris ausdrücklich anerkannt:

a) l. 15 D. 17, 1.

„Si mandassem tibi, ut fundum emeres, postea scripsissem, ne emeres, tu, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum.“

b) l. 9. J. 3, 26.

„Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.“

c) l. 29 § 2 D. 17, 1.

„Si, cum debitor solvisset, ignarus fideiussor solverit, puto eum, mandati habere actionem: ignoscendum est enim ei, si non divinavit debitorem solvisse, debitor enim debuit notum facere fideiussori iam se solvisse, ne forte creditor obrepat et ignorantiam eius circumveniat et excutiat ei summam, in quam fideiussit.“

Diese Entscheidungen entsprechen auch durchaus dem Billigkeitsgefühl. Man müsste sich ja ängstlich hüten, ein Mandat anzunehmen, wenn man jederzeit fürchten müsste, dass ein, dem Mandatar nicht zur Kenntnis gekommener oder verspätet zugegangener

Widerruf den Auftraggeber von der Ersatzpflicht für Nachteil befreien würde.[1])

Ob eine solche Haftung in Fällen des Widerrufs bei allen Verträgen gelten soll, wie viele Juristen annehmen,[2]) oder nur beim Mandate, ist hier nicht zu entscheiden.

Hier kann es genügen, dass eine Haftung des Mandanten im Falle des Widerrufs sich aus den für diese Haftung angenommenen Prinzipien ergiebt.

Mommsen,[3]) Sintenis[4]) und Scheurl[5]) beschränken die Haftung des Widerrufenden auf das Mandat.

Wenn aber Kühn,[6]) Wächter[7]) und Dernburg[8]) jede Ersatzpflicht im Falle des Widerrufs leugnen, so ist dem nach dem gesagten beim Mandate nicht beizustimmen.

Diese Ansicht steht auch mit den oben citierten Gesetzesstellen, namentlich mit l. 15 D. 17, 1 in direktem Widerspruche.

Jhering[9]) begründet auch hier die Haftung des Mandanten mit vorliegender culpa in contrahendo. Auch hier muss aber wieder hervorgehoben werden, was bereits auf S. 93, Windscheid folgend, geschehen ist, dass die Jheringsche culpa in contrahendo mit „Veranlassung“ fast gleichbedeutend ist.

---

[1]) Scheurl, a. a. O. S 275.

[2]) Windscheid, a. a. O. § 307.
Thöl, a. a. O. § 237, Anm. 8.
Jhering, Jahrb. für Dogm., Bd. IV S. 24 f.
Becker, Jahrb. d. Gem. R., Bd. II S. 364 f.
Vangerow, a. a. O. § 603, Anm. 1 Nr. 5.
Goldschmidt, Zeitschr. f. H. R., Bd. XIII S. 335.

[3]) Mommsen, Erörterungen, Bd. II S. 134.

[4]) Sintenis, a. a. O. Bd. II § 96, Anm. 18a.

[5]) Scheurl, a. a. O. S. 273 ff.

[6]) Kühn, a. a. O. S. 58 ff.

[7]) Wächter, a. a. O. Bd. II S. 359.

[8]) Dernburg (Pandecten), a. a. O. § 10, Anm. 10 a. E.

[9]) Jhering, a. a. O. Bd. IV S. 24 ff. Ihm folgt Vangerow, a. a. O. Bd. I § 109.

Pernice[1]) endlich lässt den Widerrufenden ebenfalls haften, erblickt aber den Grund für die Haftung nicht in einer Verschuldung, auch nicht in einer Uebernahme der Gewähr, sondern darin, dass der Schadensersatz eine Strafe sein soll dafür, dass der Erklärende sich selbst untreu geworden ist.

Diese Begründung erscheint aber als etwas künstlich und ist nicht notwendig.

Es ergiebt sich somit, dass, wer einen widerrufenen Auftrag ausführt, ohne von diesem Widerrufe Kenntnis zu haben, ebenso, wer einen unrichtig übermittelten Auftrag ausführt, gegen den Auftraggeber eine Klage auf Schadensersatz hat.

Ein Vertrag ist zwar in beiden Fällen nicht zu stande gekommen, der Mandant gilt aber als Vertragsschuldner und wird auch so behandelt: „ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum."

Diese beiden Fälle würde Hanau, der sie nicht erwähnt, offenbar ebenso entscheiden, wie es hier geschehen ist. In seine Einteilung „Inhalt oder Nichtinhalt des Mandats" ordnen sie sich schlecht unter, vortrefflich aber der hier gemachten Einteilung: „Veranlassung und Nicht-Veranlassung durch den Mandanten."

## Kapitel VII.

### § 24.

### Ergebnis.

Auf die Frage: „Unter welchen Voraussetzungen haftet nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden, welcher dem Mandatar bei Ausführung seines Auf-

[1]) Pernice, Ztschr. f. H. R., Bd. XXV, S. 119 ff.

trages erwächst?“ ergeben sich somit in kurzer Zusammenfassung folgende Antworten:

I. Es ist zu unterscheiden, ob der Schaden veranlasst ist durch den Mandanten oder nicht.

Ist der Schaden durch den Mandanten nicht veranlasst, so kann er durch die culpa des Mandatars veranlasst sein, oder durch etwas Anderes.

Was zunächst die culpa betrifft, so haftet der Mandant stets, wenn der Schaden durch seine culpa entstanden ist,[1]) er haftet nie, wenn der Schaden veranlasst ist durch culpa des Mandatars.[2])

Von dolus, sei es auf Seiten des Mandanten, sei es auf Seiten des Mandatars zu sprechen, schien unnötig, da es nach allgemeinen Prinzipien selbstverständlich ist, dass

1. der dolose Veranlasser des Schadens denselben auch zu tragen, bezw. zu ersetzen hat;

2. in einem Falle, in welchem für culpa zu haften ist, auch für dolus gehaftet wird.[3])

A. Abgesehen von culpa oder dolus haftet der Mandant für Schaden nicht, der nicht durch ihn selbst thatsächlich veranlasst worden ist.

Die wichtigsten Fälle derart sind:

a) Der Schaden ist entstanden durch Ueberschreitung oder Substitution seitens des Mandatars.

b) Die Entstehungsursache des Schadens ist die, dem Mandatar freigestellte Art der Ausführung.[4])

c) Der Schaden ist rein zufällig.[5])

B. Für Schaden, den er thatsächlich veranlasst hat, muss der Mandant haften.

So namentlich, wenn der Schaden entstanden ist:

---

[1]) Ebenso Hanau, a. a. O. S. 63.

[2]) Ebenso Hanau, a. a. O. S. 65.

[3]) Ebenso Hanau, a. a. O. S. 63.

[4]) Diesen Fall scheint Hanau anders entscheiden zu wollen — a. a. O. S. 41 und S 65.

[5]) Ebenso Hanau, a. a. O. S. 63.

a) durch den Inhalt des Mandates;

b) durch falsche Uebermittelung oder durch Widerruf des Mandates.

Dies sind die einfachen Regeln für den Fall, dass die Veranlassung des Schadens eine einseitige ist.

Schwieriger wird die Entscheidung im Falle einer gemischten Veranlassung (Mandant und Mandatar).

C. Hier ergeben sich durch Kombination der angeführten Möglichkeiten im ganzen neun Fälle, welche theoretisch möglich sind.

a) Der Schaden ist entstanden infolge einer culpa des Mandatars und einer culpa des Mandanten.

Der Mandant haftet nicht.

Vorausgesetzt ist hier gleichschwere culpa beiderseits. Bei culpa levis einerseits, culpa lata andererseits, trägt den Schaden, wer in culpa lata ist, denn: „culpa lata dolus est". [1])

Ein solcher Fall wird kaum vorkommen, ist aber denkbar.

b) Der Schaden ist entstanden durch culpa des Mandatars und den Inhalt des Mandates.

Der Mandant haftet nicht.

Ein sehr wohl denkbarer Fall. Es ist z. B. ein Auftrag auf Ankauf eines bestimmten Sklaven gegeben. Als der Mandatar den Sklaven kauft, warnt ihn der Verkäufer, sich vor Diebstahl zu hüten, der Sklave sei diebisch. Der Mandatar hütet sich nicht und wird daher bestohlen.

c) Der Schaden ist entstanden durch culpa des Mandatars und unrichtige Uebermittelung oder Widerruf des Mandates.

Der Mandant haftet nicht.

Ein wohl denkbarer Fall.

d) Der Schaden ist veranlasst durch culpa des

---

[1]) l. 29 pr. D. 17, 1; l. 1 § 1 D. 11, 6; l. 226 D. 50, 16; l. 32 D. 16, 3.

Mandanten und durch Ueberschreitung oder Substitution seitens des Mandatars.

Der Mandant haftet; bei Ueberschreitung: vorausgesetzt, dass der Mandatar diese wieder gut macht. Ein gleichfalls denkbarer Fall.

e) Der Schaden lässt sich zurückführen auf culpa des Mandanten und die, dem Mandatar freigestellte Art der Ausführung. Der Mandant haftet. Ein sehr wohl denkbarer Fall.

f) Der Schaden ist zurückzuführen auf den Inhalt des Mandates und auf Ueberschreitung oder Substitution seitens des Mandatars.

Der Mandant haftet: bei Ueberschreitung unter der oben gemachten Voraussetzung. Ein sehr wohl denkbarer Fall.

g) Der Schaden lässt sich zurückführen auf falsche Uebermittelung oder Widerruf des Mandats und Ueberschreitung oder Substitution seitens des Mandatars.

Der Mandant haftet. Der Fall ist möglich.

h) Der Schaden hat seinen Entstehungsgrund in einer falschen Uebermittelung des Mandats oder Widerruf desselben einerseits und der dem Mandatar freigestellten Art der Ausführung andererseits. Der Mandant haftet. Ein denkbarer Fall.

i) Der Schaden ist zurückzuführen auf den Inhalt des Mandates und die, dem Mandatar freigestellte Art der Ausführung andererseits. Dies ist nicht denkbar: das eine schliesst das andere aus.

Der Mandant wird vom Mandatar belangt, in den Fällen, wo seine Verpflichtung zum Schadensersatz ausgesprochen wurde, mit der actio mandati contraria seitens des Mandatars. Er haftet, wo ein Mandatsvertrag vorliegt als Vertragsschuldner.

Da, wo der Auftragsvertrag nicht perfekt ist (falsche Übermittlung), oder aufgehoben ist (Widerruf), gilt er als Vertragsschuldner.

Man werfe wegen Ausführung der, zum Teil jedenfalls sehr seltenen, aber immerhin denkbaren kombinierten neun Fälle nicht spitzfindige Casuistik vor. Diese Möglichkeiten anzuführen schien notwendig, um zu zeigen, dass man aus den aufgestellten Prinzipien nicht zu unbilligen Konsequenzen kommt. Es wird auf diese Weise eben der Grundsatz möglichst verwirklicht: „ne damno adficiatur is, qui suscipit mandatum“ und „nemini officium suum damnosum esse debere.“

Dem billigen Ermessen des Richters ist jedenfalls insoweit ein Spielraum zu gewähren, als er zu prüfen hat, worin die thatsächliche Veranlassung des Schadens liegt.

Das Mandat begründet ja auch nach den Quellen eine actio bonae fidei.[1])

So wird der Richter in einem der oben angeführten, kombinierten Fälle zu prüfen haben, ob der Schaden nicht bloss scheinbar entstanden ist durch ein Verhalten oder eine Handlung des Mandanten und des Mandatars und ob nicht vielmehr die thatsächliche Veranlassung einseitig ist.

## § 25.

## Vergleich mit anderen Rechten.

Es erübrigt nun noch, einen Blick darauf zu werfen, welche Bestimmungen in einigen anderen, wichtigen Rechten für die Haftung des Mandanten gelten.

Am weitesten ging das deutsche Recht und geht jetzt der Code Napoléon.

Nach deutschem Recht haftete der Mandant für jeden Schaden, der den Mandatar bei Ausführung seines Auftrages traf (also auch für rein zufälligen

[1]) l. 28 J. 4, 26.

Schaden), vorausgesetzt natürlich, dass der Schaden nicht veranlasst war durch culpa des Mandatars.[1])

Man findet also hier eine Uebereinstimmung der deutschen Rechtsanschauung mit der Lehre des Accursius.[2]) Letztere ist übrigens jetzt kondifiziert im Code Napoléon (Artikel 2000); „il veut que le mandataire soit dédommagé des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de la gestion, pourvu qu'elles ne puissent être imputées à sa propre imprudence.“[3])

Einzelne Schriftsteller behaupten, dass die Aufnahme der Lehre des Accursius in den Code auf Lehren Pothiers beruhen. Dies ist aber ein offenbares Missverständnis. Pothier lehrt vielmehr ungefähr dasselbe, wie Mommsen (cf. § 15 dieser Arbeit). Pothier[4]) sagt: „il faut avoir une grande attention à distinguer si la perte soufferte par le mandataire est une perte dont la gestion, dont ce mandataire c'est chargé, ait été la cause, ou si c'est une perte dont cette gestion ait été seulement l'occasion; car si elle n'en a été que l'occasion, il n'e est pas dû d'indemnité au mandataire.“

Als Beispiel für § 2000 des Code führt Zachariae v. Lingenthal[5]) an, dass der Mandant haftet, wenn der Bevollmächtigte auf einer Reise beraubt worden ist.

Das Preussische Allgemeine Landrecht bestimmt in Th. I, Tit. 13, § 80, dass der Mandant dem Mandatar allen Schaden ersetzen muss, der entstanden ist durch seine, des Mandanten culpa, in § 81 aber weiter, dass er auch über seine culpa hinaus Schaden vergüten muss, wenn der Bevollmächtigte den bestimmten

[1]) Stobbe, a. a. O. Bd. III § 183; Hepp, a. a. O. S. 150 ff.; Cropp, a. a. O S. 244, Anm. 14.

[2]) Cf. S. 49 dieser Arbeit.

[3]) Code Napoléon, Paris 1808, Bd. VI, S. 303. Hanau versteht den Satz des Code Napoléon anders, aber wohl unrichtig.

[4]) Oeuvres, Bd. VI Nr. 76.

[5]) A. a. O. Bd. 2 § 414 S. 634, Anm. 7.

Auftrag des Auftraggebers nicht erfüllen konnte, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschäftigung auszusetzen.

Dies ist also eine Bestimmung, die der im § 15 dargestellten Theorie von Mommsen für das gemeine Recht und den in dieser Arbeit entwickelten, aus den Quellen, mit Einschluss der lex 26 § 7 D. 17, 1 abgeleiteten Prinzipien sehr nahe steht.

Wenn nun Dernburg[1]) die Ansicht aufstellt, der § 81 des Pr. A. L. gelte nur unter der Voraussetzung, dass die Gefahr, in die sich der Beauftragte begeben muss, dem Auftraggeber kenntlich war, so ist hierüber Koppel[2]) beizustimmen, welcher diese Auffassung des § 81 nicht für begründet hält.

Mit dieser Auffassung würde man sich der culpa wieder sehr nähern, und es ist keine Veranlassung, dies aus dem § 81 herauszulesen.

Diese Ansicht von Dernburg wird auch von Förster[3]) und Koch[4]) nicht geteilt, indem sie von einer solchen Voraussetzung nichts erwähnen.

In eigentümlicher Weise regelt § 1015 des Oesterreichischen G.-B. diese Haftung resp. sorgt für Entschädigung des Mandatars: „Leidet der Gewalthaber bei der Geschäftsführung nur zufälligen Schaden, so kann er in dem Falle, dass er das Geschäft unentgeltlich übernahm, einen solchen Betrag fordern, welcher ihm bei einem entgeltlichen Vertrage zur Vergütung der Bemühung nach dem höchsten Schätzungswerte gebührt haben würde."

Was endlich den Entwurf betrifft, so regelt derselbe diese Frage nicht.

---

[1]) Dernburg (Privatrecht), a. a. O. § 182.
[2]) A. a. O. S. 39.
[3]) Förster, a. a O. § 141, IV, B.
[4]) Koch (Landrecht), Bd. I 13 § 80, 81.
[5]) Entwurf, S. 130.

Wie sich aus dieser Nebeneinanderstellung ergiebt, würde der Mandant nach der herrschenden Lehre, welche die Haftung des Mandanten durch die culpa begrenzt, im römischen Rechte besonders günstig, beziehungsweise der Mandatar besonders ungünstig gestellt gewesen sein.

Es muss auch dies als ein Beweis gegen die Richtigkeit der herrschenden Lehre angesehen werden, da gerade das römische Recht von dem Merkmal der Unentgeltlichkeit des Mandates ausging.

Das Pr. A. L.-R. stellt den Mandatar viel günstiger, als das gemeine Recht nach der herrschenden Lehre, obgleich das Merkmal des Auftragsvertrages im Landrecht keineswegs Unengeltlichkeit, sondern viel mehr ist, dass der Auftrag sich auf die Besorgung lediglich von Rechtsgeschäften bezieht.

## § 26.
## Schluss.

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildete die Unentgltlichkeit des Mandats.

Es ergab sich daraus die Folgerung, entsprechend den Quellen, dass der Mandatar möglichst günstig gestellt werden soll, das heisst, dass er durch das Mandat keinen Schaden leiden soll.

Ihn für Schaden zu entschädigen, den er selbst veranlasst hat, liegt kein Grund vor.

Aber auch für Schaden, den er rein zufällig bei Gelegenheit der Ausführung des Mandates erleidet, den Mandanten haften zu lassen, wäre hart gegen diesen.

Es scheinen daher auch de lege ferenda die aus dem römischen Recht entwickelten Prinzipien die empfehlenswertesten zu sein.

Freilich ergeben diese Prinzipien den von Pernice[1]) unerhört genannten Satz, „der Mandant hat den Schaden veranlasst, er muss ihn auch ersetzen".

Dieser Satz kann aber bei einem unentgeltlichen Geschäft für unerhört nicht gehalten werden. Freilich muss er richtig verstanden werden. Gemeint ist hier nicht die rein äusserliche Veranlassung „bei Gelegenheit", sondern die innerliche, kausale. Das für das Mandat gewonnene Endresultat kommt somit dem von Baron[2]) prinzipiell aufgestellten Satz sehr nahe: „Wenn ein zufälliger Schaden bei einer Gelegenheit ensteht, welche jemand veranlasst, so muss er ihn tragen, auch wenn ihn gar keine Schuld trifft."

Ebenso Binding: „Was der Mensch schlimmes verursacht, mit oder ohne Schuld, muss er bessern."[3])

Ob, als allgemeines Prinzip angesehen, „Haftung ohne Schuld und Haftung aus Schuld zu einander im Verhältnis von Ausnahme und Regel stehen",[4]) kann hier, da es sich nur um das Mandat handelt, dahingestellt bleiben.

Stellt man sich aber auf den Standpunkt von Unger, dass Haftung ohne Schuld nur eine Ausnahme sei, so ist das Mandat den in seiner vielfach citierten glänzenden Schrift angeführten Fällen, für welche dieser Satz ausnahmsweise von ihm aufgestellt wird, anzureihen.

Die Frage, wofür nun eigentlich der Mandant im einzelnen haften müsse,[5]) kann unerörtert bleiben,

---

[1]) Pernice, a. a. O. S. 123.

[2]) Baron in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik XIX, S. 122.

[3]) Binding, Die Normen, I 2, S. 471.

[4]) Unger, a. a. O. S. 131.

[5]) Hanau, a. a. O. S. 68 ff.

da hier nur die Voraussetzungen der Haftung des Mandanten untersucht werden sollten.

Dernburg[1]) bezeichnet die „endgiltige Lösung der Frage als ein sehr schwieriges Problem".

Möge vorliegende Untersuchung das Erreichen der endgiltigen Lösung um einen Schritt gefördert haben.

---

[1]) Dernburg (Privatrecht), a. a. O. § 182.

# Lebenslauf.

Geboren wurde ich, Stephan Carl Kekule, am 1. Mai 1863 zu Gent in Belgien, wo mein Vater Friedrich August Kekule damals ordentlicher Professor der Chemie war.

Meine Mutter Stephanie, geborene Drory aus Gent, verlor ich wenige Tage nach meiner Geburt.

Ich bin evangelischer Confession.

Im Jahre 1867 siedelte mein Vater, infolge eines Rufes an die Universität, nach Bonn a/Rh. über, wohin ich 1869 folgte.

Zunächst durch Privatunterricht im elterlichen Hause vorgebildet, kam ich im Frühjahr 1876 auf die Quarta des Gymnasiums zu Bonn, welches ich im Frühjahr 1883 mit dem Zeugnis der Reife verliess.

Ich bezog nun die Universität Bonn und hörte Vorlesungen über Physik, Chemie, Mathematik und Mineralogie.

Im Herbst 1883 ging ich von Bonn nach Strassburg i/E. und trat gleichzeitig als Einjährig-Freiwilliger in das Feld-Artillerie-Regiment Nr. 15 ein. Ich hörte während des Wintersemesters Physik bei Kundt und Geschichte der deutschen Heeresverfassung bei Schröder.

Im Frühjahr 1884 entschloss ich mich, aktiver Offizier zu werden, bezog am 1. März die Kriegsschule zu Hannover, wurde bald zum Portepée-Fahnrich befördert und verliess die Kriegsschule im Dezember 1884, nachdem ich das Offiziers-Examen bestanden hatte.

Am 15. Februar 1885 wurde ich durch Allerhöchste Kabinetsordre zum Seconde-Lieutenant in meinem bisherigen Regiment befördert.

Von da an that ich Dienst bei der Truppe.

Im Herbst 1886 wurde ich zur Vereinigten Artillerie- und Ingenieur-Schule nach Charlottenburg kommandiert. Im Sommer 1887 bestand ich die Berufsprüfung der Artillerie-

Offiziere und wurde dann zur Selecta der Vereinigten Artillerie- und Ingenieur-Schule kommandiert. Diese besuchte ich bis Sommer 1888.

Inzwischen war ich in das Grossherzoglich Hessische Feld-Artillerie-Regiment Nr. 25 (Grossherzogliches Artillerie-Corps) in Darmstadt versetzt worden.

Hier verblieb ich bis zum Juli 1889, in welchem Monat ich aus dem aktiven Heere ausschied. Das erbetene Dimissions-Patent erhielt ich d. d. 17. Jan. 1891.

Im Herbst 1889 bezog ich die Universität Berlin und das Seminar für Orientalische Sprachen und bin seit Ostern 1890 bei der juristischen Fakultät inskribiert.

Ein Ergebnis meiner Studien am orientalischen Seminar war eine Arbeit: „Ueber Aemter, Titel, Rangstufen und Anreden in der offiziellen osmanischen Sprache", auf Grund welcher ich, mit Türkisch und Arabisch als Hauptfach, mit Geographie und Philosophie als Nebenfächern am 6. August 1892 in Halle a/S. zum Doctor philosophiae promoviert wurde.

Am 17. Juli 1893 bestand ich, nachdem ich Ostern mein juristisches Triennium absolviert hatte, beim Kammergericht in Berlin die erste juristische Prüfung.

Seit dem 4. August 1893 bin ich im praktischen Justizdienste beschäftigt.

Meine Lehrer waren in Bonn: Clausius, A. Kekule, Kortum, v. Lassaulx, Lipschitz, Meyer; in Strassburg: Kundt und Schröder; in Berlin: Aegidi, v. Bezold, Brunner, Dambach, Eck, Foy, Gierke, v. Gneist, Gradenwitz, Güssfeldt, Harsley, Hinschius, Hübler, Jacobi, Kiepert, Kohler, Manissadjian, Meitzen, Mendel, Pernice, v. Richthofen, Rossi, Rubo, Sachau, Strassmann, v. Treitschke, A. Wagner.

Allen diesen, meinen hochverehrten Lehrern, namentlich dem Herrn Wirklichen Geheimen Ober-Justizrat Professor Dr. v. Gneist, den Herren Geh. Justizräten, Professor Dr. Eck, Gierke, Hinschius, Hübler, sowie Herrn Prof. Dr. Gradenwitz sage ich für das mir gewidmete rege Wohlwollen und vielseitige Förderungen meinen innigsten Dank.

---

Wilhelm Issleib (Inhaber: Gustav Schuhr) Berlin SW. 48.